

DIE VERTRAGLICHE VERPFLICHTUNG ZUM VERTRAGSSCHLUSS NACH DEUTSCHEM UND GRIECHISCHEM RECHT

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Georgios L. Koutroumboussis

Rechtsanwalt in Athen

1971

DIE VERTRAGLICHE VERPFLICHTUNG ZUM VERTRAGSSCHLUSS NACH DEUTSCHEM UND GRIECHISCHEM RECHT

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Georgios L. Koutroumboussis

Rechtsanwalt in Athen

1971

Gedruckt mit Unterstützung des Deutschen
Akademischen Austauschdienstes



Erstgutachter: Prof. Dr. iur. Arwed Blomeyer

Zweitgutachter: Prof. Dr. iur. Karl Sieg

Tag der mündlichen Prüfung: 7. Juli 1971

ΑΝΑΛΟΓΗΤΕΣ ΚΑΙ ΑΝΑΛΟΓΕΣ

1. Η αναλογία είναι μια σχέση μεταξύ δύο ή περισσότερων μεγεθών, η οποία εκφράζει το πώς αυτά τα μεγέθη μεταβάλλονται σε σχέση με το χρόνο.

2. Η αναλογία μπορεί να είναι απλή ή σύνθετη.

3. Η απλή αναλογία είναι η πιο βασική.

4. Η σύνθετη αναλογία είναι η πιο περίπλοκη.

5. Η αναλογία μπορεί να είναι αριθμητική ή ποσοτική.

6. Η αριθμητική αναλογία είναι η πιο βασική.

7. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο περίπλοκη.

8. Η ποσοτική αναλογία μπορεί να είναι ποσοτική ή ποσοτική.

9. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο βασική.

10. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο περίπλοκη.

11. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο βασική.

12. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο περίπλοκη.

13. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο βασική.

14. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο περίπλοκη.

15. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο βασική.

16. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο περίπλοκη.

17. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο βασική.

18. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο περίπλοκη.

19. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο βασική.

20. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο περίπλοκη.

21. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο βασική.

22. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο περίπλοκη.

23. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο βασική.

24. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο περίπλοκη.

25. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο βασική.

26. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο περίπλοκη.

27. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο βασική.

28. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο περίπλοκη.

29. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο βασική.

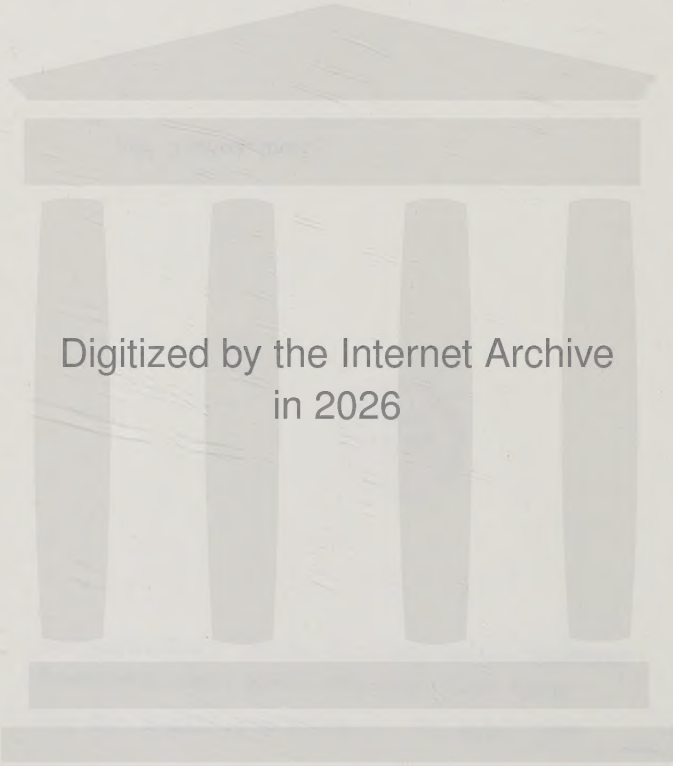
30. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο περίπλοκη.

31. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο βασική.

32. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο περίπλοκη.

33. Η ποσοτική αναλογία είναι η πιο βασική.

Στους γονείς μου



Digitized by the Internet Archive
in 2026

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

§ 1 Die Entwicklung der Lehre vom Vorvertrag im deutschen Recht

I	Die Entstehung der Lehre vom VV	1
II	Der Geschäftserrichtungsvertrag	7
III	Der Durchgriffsgedanke	11
IV	Das neuere Schrifttum	13

§ 2 Die Tatbestände des Vorvertrages

I	Allgemeines	18
II	Vorverträge zu Kaufverträgen	18
1. a)	Vorverträge zwischen Wohnungsbauunternehmen und Interessenten	18
b)	Vorverträge, die ein Ankaufsrecht begründen	20
c)	Atypische Vorverträge zu Kaufverträgen	20
d)	Vermeintliche Kaufvorverträge	22
e)	Gleichartige Erscheinungen	23
2.	Zusammenfassung	24
III	Vorverträge zu Miet- und Pachtverträgen	25
1. a)	Formlose Vorverträge auf Abschluß eines schriftlichen Mietvertrags	25
b)	Vermeintliche Mietvorverträge	27
c)	Mietvorverträge, die von den Parteien beim Vertragsschluß als solche bezeichnet worden sind	28
2.	Zusammenfassung	
IV	Vorverträge zu Gesellschaftsverträgen	32
1. a)	Vorgründungsverträge	32
aa)	Vorverträge zur Gründung einer Personengesellschaft	
bb)	Vorverträge zur Gründung einer Kapitalgesellschaft	
b)	Vorverträge auf Erweiterung der Gesellschaft	34
aa)	Vorverträge zu einem Aufnahmevertrag	
bb)	Zeichnung von neuen Aktien-Kapitalerhöhung einer GmbH	
c)	Atypische Vorverpflichtungen	36
2.	Zusammenfassung	36
V	Weitere Fälle aus der Rechtsprechung und Lehre	37
1.	Allgemeines	37
2.	Vorvertragstatbestände aus der Materie des Allgemeinen Teils des BGB	37
a)	Vorvertrag zur Errichtung einer Stiftung	37
b)	Scheingeschäft	37
c)	Vereinbarte Form	38
d)	Verbotene Rechtsgeschäfte	38
e)	Konversion	39

3. Vorverträge zu geregelten Verträgen des Schuldrechts	39
a) Aufrechnungsvorvertrag	39
b) Besondere Arten des Kaufs	40
c) Vorvertrag zu einer Schenkung	42
d) Darlehensvorvertrag	42
e) Vorvertrag zu einem Werkvertrag	43
f) Vorvertrag zu einer Leibrente	44
g) Bürgschaftsvorvertrag	44
h) Vorvertrag zu einem Vergleich	44
i) Vorvertrag zu einem Schuldversprechen bzw. Schuld- anerkenntnis	45
j) Vorvertrag auf Annahme einer Anweisung	45
4. Vorverträge auf Abschluß sachen-, familien- und erb- rechtlicher Verträge	45
5. Vorverträge zu atypischen und außerhalb des BGB gere- gelten Verträgen	46
a) Vorvertrag zu einem Tankstellenvertrag	46
b) Vorvertrag zu einem "allgemeinen Darlehens- und Bierlieferungsvertrag"	47
c) Der Wechselschluß (pactum de cambiando)	47
d) Vorvertrag zu einem Hofübergabevertrag	48
e) Vorvertrag zu einem Vergleich im Entschädigungsver- fahren	48
6. Vorvertrag und Urheberrecht	49
a) Vorvertrag zu einem Patentkauf	49
b) Vorvertrag zu einem Subverlagsvertrag	50
c) Vorvertrag zu einem Lizenzvertrag	50
d) Vorvertrag zu einem Filmverwertungsvertrag	52
e) Vorvertrag über künftige Werke	52
7. Vorvertrag und Arbeitsrecht	52
a) Vorvertrag "vor" einem Lehrvertrag	52
b) Vorvertrag zu einem Vertrag über ein Ruhegehalt	53
c) Vorvertrag zu einem Filmeinstellungsvertrag	54
d) Vorvertrag zum Abschluß eines Tarifvertrags	55
8. Vorverträge und aktuelle Rahmenverträge	55
a) Finanzierter Kauf	55
b) Händlervertrag	56
c) Vertikale Preisbindung	57

§ 3 Das Recht des Vorvertrages

I Begriff und Einordnung in das System des BGB	59
1. Begriff und Arten des Vorvertrags	59
A Definition	59
B Zur Terminologie	61
C Arten des Vorvertrags	62
2. Abgrenzungsfragen	64
a) Vorvertrag und unverbindliche Verhandlungen	65
b) Vorvertrag und endgültiger Vertrag	70
c) Vorvertrag und Optionsvertrag	72
d) Vorvertrag und Rahmenvertrag	76
3. Der Vorvertrag im Vertragssystem des BGB	77

II	Die Form des Vorvertrages	81
1.	Problemstellung	81
2.	Lösungsmöglichkeiten	82
3.	Die herrschende Meinung	83
4.	Das Kriterium "Zweck der Formvorschrift"	84
5.	Die rechtstechnische Begründung	85
6.	Die Form der einzelnen Vorverträge	87
7.	Wirkungen der Nichtbeachtung der Form und Rechtsbe- helfe bei formnichtigen Vorverträgen	88
8.	Die vereinbarte Form	98
III	Die Bestimmtheitsfrage	99
1.	Problemstellung	99
2.	Anwendung der Regel über den Inhalt des Vorvertrags auf die einzelnen Vorverträge	101
3.	Die naturalia negotii als Kriterium für die inhaltli- che Bestimmtheit	102
4.	Die ergänzende Vertragsauslegung bei Vorverträgen	103
IV	Das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrag	103
1.	Leistung und Erfüllung	103
2.	Das Causa-Problem	109
3.	Leistungsstörungen	114
4.	Verjährung	117
5.	Besonderheiten des Vorvertrags zu einem Mietvertrag	119
6.	Abtretbarkeit und Vererblichkeit der Ansprüche aus dem Vorvertrag	120
7.	Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs aus einem Vorvertrag	121
8.	Der Vorvertrag im Konkurs und Vergleich	121
9.	Vorvertrag und Maklerlohn	123
V	Prozeßrechtliche Fragen	124
1.	Die Durchsetzung des Anspruchs aus dem Vorvertrag im Prozeß	124
2.	Vorvertrag und Hauptleistung	125
3.	Die Feststellungsklage	127
4.	Zusammenfassung	128

§ 4 Griechisches Recht

I	Begriff und Stellung des Vorvertrags im griechi- schen Recht	129
1.	Begriff des Vorvertrags	129
A	Der Tatbestand des Vorvertrags	129
B	Die Arten des Vorvertrags	131
C	Abgrenzungsfragen	133
2.	Stellung des Vorvertrages im griechischen Recht	142
3.	(Anhang) Drei Beispiele typisierter Vorverträge	151
II	Besondere Bestimmungen über die Vorverträge	154
1.	Form des Vorvertrags (Art. 166 grZGB)	154
A	Ratio legis. Zeitlicher und räumlicher Geltungs- bereich	154
B	Die Auslegung von Art. 166 grZGB	155
C	Form der Änderung und der Aufhebung eines form- bedürftigen Vorvertrag	157
D	Wirkungen des Formmangels	158
2.	Weitere Bestimmungen über die Vorverträge	159
A	Vorvertrag und grZGB	159
B	Sonstige Vorschriften	160
III	Die einzelnen Vorverträge	162
1.	Vorvertrag zu einer Schenkung	162

2. Vorvertrag zu einem Kaufvertrag	163
3. Vorvertrag zu einem Mietvertrag	164
4. Vorvertrag zu einem Dienstvertrag	165
5. Vorvertrag auf vertragliche Aufhebung einer Rechtsgemeinschaft	165
6. Vorvertrag zu einem Gesellschaftsvertrag	165
7. Vorvertrag zu einem Darlehensvertrag	166
8. Vorvertrag zu einem Vergleich	166
9. Vorvertrag zu einer Mitgiftbestellung	167
10. Vorvertrag zu einem Veräußerungsvertrag über ein Dotalgrundstück	168
IV Das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrag	169
1. Der Anspruch auf Abschluß des endgültigen Vertrags	169
2. Selbstkontrahierungsklausel	170
3. Die Funktion der Draufgabe	171
4. Vorvertrag und Recht zum Besitz	172
5. Unmöglichkeit der Leistung	173
6. Die Zeitbestimmung für den Abschluß des endgültigen Vertrags	174
7. Rücktrittsrecht	177
8. Sicherungen für die Erfüllung des Vorvertrags	178
9. Gläubigeranfechtung und Konkurs	179
10. Die Übertragung und Vererbung der Rechte und Pflichten aus dem Vorvertrag	180
11. Das Urteil nach Art. 1011 grZPGB	181
V Zusammenfassung und kritische Bemerkungen	181

§ 5 Zur Stellung des Vorvertrags im Zivilrechtssystem anderer Rechtsordnungen

I Französisches Recht	190
1. Begriff der promesse de contrat	190
2. Die Tatbestände der "avant-contrat"	191
A Einseitig verpflichtende Verträge	191
B Zweiseitig verpflichtende Verträge	195
3. Zusammenfassung	200
II Italienisches Recht	204
1. Begriff des contratto preliminare	204
2. Die Rechtssätze über den contratto preliminare	205
3. Die einzelnen Erscheinungsformen der contratti preliminari	203
4. Die systematische Einordnung des contratto preliminare	209
III Englisches Recht	210
1. Vergleichbare Tatbestände	210
2. Leading cases	210
3. Die Stellung der Lehre	212
4. Das amerikanische Recht	213
5. Zusammenfassung	213
6. Der option contract	214

§ 6 Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Vorvertrag

A. Zeitlicher Bezug und Bedingtheit der Verpflichtung aus dem Vorvertrag	216
B. Der Vorvertrag als Rechtsgeschäft	220
C. Der Vorvertrag zu einem Schuldvertrag	222
D. Der Vorvertrag zu einem dinglichem Vertrag	226
E. Vorverträge zu familien- und erbrechtlichen Geschäften	231
F. Prozessuale Fragen	232
G. Die Form des Vorvertrags	236
H. Die inhaltliche Bestimmtheit	239
I. Insbesondere der Kaufvorvertrag	243
K. Mietrecht	244
L. Gesellschaftsrecht	245
M. Zusammenfassende Betrachtung	250

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- ADLER, K., Realcontract und Vorvertrag, in: JherJb 31 (1892), 190ff
- ALABISO, A., Il contratto preliminare, 1966
- ANSON(-GUEST), Principles of the English Law of Contract, 23. Aufl.
1969
- BANDMANN, G., JW 1938, 1331 ff
- BALIS, G., Genikai archai tou astikou dikaion (Allgemeine Lehren
des Zivilrechts), 8. Aufl. 1961 ; zitiert: AllgT
- BALIS, G., Enochikon Dikaion (Schuldrecht) 3. Aufl. 1961, Zitiert:
SchR
- BALIS, G., Empragmaton Dikaion (Sachenrecht), 4. Aufl. 1961; zitiert:
SaR
- BALIS, G., Klironomikon Dikaion (Erbrecht), 3. Aufl. 1952; zitiert:
ErbR
- BALIS, G., Themis 22 (1911), 158 ff = Meletai astikou dikaion,
(1938), 206 ff; zitiert: Studien.
- BAUMBACH-DUDEN, Kommentar zum HGB, 19. Aufl. 1971
- BAUMBACH-HUECK, Kommentar zum AktienGes. 13. Aufl. 1968
- BAUMBACH-HUECK, Kommentar zum GmbH-Gesetz 13. Aufl. 1970
- BAUMBACH-LAUTERBACH, Kommentar zur ZPO, 30. Aufl. 1970
- BAUMGARTEL-RAMMOS, Das griechische Zivilprozeßgesetzbuch mit Ein-
führungsgesetz, 1969
- BAUR, F., Sachenrecht, 6. Aufl. 1970
- BECHMANN, A., System des Kaufs nach gemeinem Recht, Bd. II, 1884
(Nachdruck: 1965)
- BLOMEYER, A., Studien zur Bedingungslehre, I. Teil 1938, II. Teil
1939
- BLOMEYER, A., La promesse de vente vaut vente, in: Festschrift für
Leo Raape, 269 ff (1948)
- BLOMEYER, A., Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, 1963
- BLOMEYER, A., Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. 1969
- BOEHMER, G., Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. I,
Bd. II/1 und 2, 1950-1952
- BOTTICHER, E., Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestal-
tungsklagerecht, in: Festschrift für Dölle, Bd. I,
41 ff (1963)
- BOTTICHER, E., Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht,
1964
- BOSDAS, D., Armenopoulos, 8 (1954), 153 ff
- BOUSIKAS, E., NoB 9 (1961), 1217

- BOYER, Les promesses synallagmatiques de vente, Revue trimestrielle de droit civil, 1949, 1 ff
- BREIT, M., Die Willenserklärung als Äußerung und Leistungsgegenstand nach dem BGB, in: Gruchot Beitr. 55 (1911) 1ff
- BRINZ, A., Lehrbuch der Pandekten, Bd. IV, 2. Aufl. 1892
- BROX, H., Allgemeines Schuldrecht, 1969
- BRÜGGEMANN, D., Causa und Synallagma im Recht des Vorvertrags, JR 1968, 201 ff
- CARBONNIER, J., Droit civil, Bd. IV, 6. Aufl. 1969
- CHALMER'S Sale of Goods Act (1893), 15. Aufl. 1967
- CHESHIRE-FIFOOT, The Law of Contract, 7. Aufl. 1969
- CHITTY, J., On Contracts, 23. Aufl. 1968
- COLIN-CAPITANT, Traité de droit civil, Bd. II (1959), Bd. III (1958)
- COVIELLO, L., Contratto preliminare, in: Enciclopedia giuridica, Bd. III (1902), Teil III/2 68 ff
- DEGENGOLB, H., Zur Lehre vom Vorvertrag, AcP 71 (1887), 1 ff
- DELOUKAS, N., Genikoi oroi ton synallagon (Allgemeine Geschäftsbedingungen), 1952
- DIATSIDIS, N., EEN, 35 (1968) 181 f
- ENNECCERUS, L., Recht derrSchuldverhältnisse, 6. Aufl. 1915
- ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1960
- ENNECCERUS-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958
- ERMAN, W., Handkommentar zum BGB, 4. Aufl. 1967
- ERMAK, Ermineia tou astikou kodikos (Kommentar zum griechischen ZGB), 1948 ff
- ESSER, J., Schuldrecht, Bd. I 4. Aufl. 1970, Bd. II 3. Aufl. 1969
- FIKENTSCHER, W., Schuldrecht, 2. Aufl. 1969
- FISCHER, R., Ist der Vorvertrag bei der Errichtung einer GmbH formbedürftig? GmbH-Rundschau 1954, 129 ff
- FLUME, W., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II Das Rechtsgeschäft, 1965
- LA FORMATION DU CONTRAT, L'AVANT-CONTRAT, Rapports du 62^e Congrès des Notaires (Perpignan, Juin 1964), Lyon 1964
- FOURKIOTIS, K., Themis 60 (1949), 610 ff
- GADOW (-BARZ), Aktiengesetz, 3. Aufl. Bd. I 1. Lief. 1970
- GAZIS, A., Genikai archai tou astikou dikaïou (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts), Heft 1, 1970
- GAZIS, A., EEN 21 (1954), 364
- GEORGIADIS, A., Die eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf 1963
- GEORGIADIS, A., JZ 1966, 285

- GEORGIADIS, A., Symphonon proaireseos kai dikaion proaireseos (Optionsvertrag und Optionsrecht), 1970
- GIANNOPOULOS, D., Genikai archai tou astikou kodikos (Komm. zum allgemeinen Teil des griechischen ZGB), 1948
- GERNHUBER, J., Familienrecht, 1964
- GODIN-WILHELMI, Aktiengesetz, 3. Aufl. 1967
- GÖPPERT, Zur Lehre von den pacta de contrahendo, KritVSchr. 14 (1872), 400 ff
- GOGOS, D., Das griechische Zivilgesetzbuch, 1952
- HECK, P., Grundriß des Schuldrechts, 1929 (Nachdruck 1958)
- HENRICH, D., Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965
- HIRSCH (-PLEYER), Einführung in das Bürgerliche Vermögensrecht, 4. Aufl. 1968
- HGB-Kommentar, 3. Aufl Bd. II, §§ 105 - 125 (R. FISCHER⁷, 1967
- HUECK, A., Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl. 1964
- HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl. 1967
- JAEGGER-LENT, Konkursordnung, Bd. I 8. Aufl. 1958
- KALLIMOPOULOS, G., Die Simulation im Bürgerlichen Recht, 1966
- KAFKAS, K., Neon Dikaion 12 (1956), 145
- KARAVAS, K., Emporikon Dikaion (Handelsrecht), Bd. II 1952.
- KARAVAS, K., Encheiridion tou emporikou dikaion (Grundriß des Handelsrechts) Bd. I, 2. Aufl. 1962
- KASER, M., Das römische Recht, Bd. I (1955), Bd. II (1959)
- KOSTAKIS, Themis 35 (1924), 508 f
- LARENZ, K., Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967
- LARENZ, K., Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I 9. Aufl. 1968, Bd. II 9. Aufl. 1968
- LARENZ, K., Die rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen, Der Betrieb 1955, 209 ff
- LARENZ, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1969
- LEHMANN-HÜBNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Aufl. 1966
- LENT-JAUERNIG, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 11. Aufl 1969
- LEVINSON, J., Der Vorvertrag, 1931
- LIGERPOULOS, A., Stoicheia enochikou Dikaion (Abriß des Schuldrechts), 1960
- LORENZ, W., Vorzugsrechte beim Vertragsschluß, in: Festschrift für Dölle, Bd. I (1963), 103 ff
- LORENZ, W., JuS 1968, 441 f
- LUTHER, G., Einführung in das italienische Recht, 1968
- MAURER, G.L., Das griechische Volk, 1835 (Neudruck 1968)

- MAZEAUD, Leçons de droit civil, Bd. II, 1, 4. Aufl. 1969, Bd. III
2. Aufl. 1964
- MASSINEO, F., Contratto preliminare, in: Enciclopedia del Diritto,
Bd. X, 174 (1962)
- METZDORF, Die Grundfragen des Vorvertrages nach deutschem und
österreichischem Recht, Diss. Breslau 1938
- MICHALIDIS-NOUARIOS, G., Oikogeniakon Dikaion (Familienrecht) 1963-1964
- MICHALIDIS-NOUARIOS, G., Atypos entole pros agoran akinitou (formloser
Auftrag zum Grundstückskauf), in: Timitikos
tomos Areiou Pagou, 1963 (zitiert: Festschrift)
- MICHALIDIS-NOUARIOS, G., EEN 35 (1968), 109
- MONTESANO, L., Cotratto preliminare e sentenza costitutiva, 1953
- NIPPERDEY, H.C., Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920
- NIPPERDEY, H.C., Vorhand, Vorkaufsrecht und Erlösungsrecht, ZBlHR
1930, 300 ff
- NEUMANN-DUESBERG, H., Irrelevanz des Darlehens-Theorienstreits, NJW
1970, 1403 ff
- OERTMANN, P., Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927
- OERTMANN, P., Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1928
- PALANDT, O., BGB, 27. Aufl. 1968, 29. Aufl. 1970
- PAPADAKIS, Archaion Nomologias 3 (1952), 217
- PLAGIANAKOS, G., Die Entstehung des griechischen Zivilgesetzbuches,
Diss. Hamburg 1963
- PLANIOL-RIPERT, Traité de droit civil français, Bd. IV 2. Aufl. 1952
Bd. X 2. Aufl. 1956
- POLLOCK-WINFIELD, Principles of Contract, 13. Aufl. 1950
- RABEL, E., Das Recht des Warenkaufs, Bd. I 1936
- RAMMOS, G., Eisigiseis astikou dikonomikou dikaïou, (Grundriß des
Zivilprozeßrechts), Heft I und II, 1969 (zitiert: Grund-
riß)
- RAMMOS, G., Stoicheia ellinikis polotikis dikonomias (Grundzüge des
griechischen Zivilprozeßrechts), Bd. I, II, III, 1961-1963
(zitiert: Grundzüge)
- RAKTIVAN, K., Peri prokatartikon symbaseon (Über die präparatorischen
Verträge), 1887 = Neoi Pandektai, hrsg. von KOUNTOURI-
OTIS, Bd. X (1907), 79 - 146
- REINICKE, D., Rechtsfolgen formnichtig abgeschlossener Verträge, 1969
- REINICKE, D., NJW 1969, 1167
- RIPERT-BOULANGER, Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol,
Bd. II 1957, Bd. III 1958
- RGRK-BGB, Kommentar zum BGB, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bun-
desrichtern, 11. Aufl.
- ROTH, Der Vorvertrag, 1928.

- ROQUETTE, H., Das Mietrecht des BGB, systematischer Kommentar 1966
- ROSENBERG, L., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. 1961
- ROSENBERG-SCHWAB, Zivilprozeßrecht, 10. Aufl. 1969
- SCHLOSSMANN, Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sog.
Realkontrakte, JherJb 45 (1903), 1 ff
- SCHLEGELBERGER, Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 1960/1966
- SCHEDION astikou kodikos (Entwurf eines Zivilgesetzbuches), Genikai
Archai (Allgemeiner Teil) 1936
- SCHLOSSER, P., Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, 1966
- SCHMALZER, Z., Vorverträge zugunsten Dritter, AcP 164 (1964) 447 ff
- SCHOLZ, F., Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Aufl. 1964
- SERICK, R., Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. II, 1966
- SIEBER, H., Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, JherJb 70 (1921)
223 ff
- SINANIOTIS, L., EEN 29 (1962), 1 ff
- SOERGEL-SIEBERT, Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 1967.
- SOURLAS, K., NoB 10 (1962), 1 ff
- STAUDINGER, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 1955
- STINTZING, W., Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse,
1903
- THERAPOUS, P., Gnomodotisis (Gutachten) 11/1967, NoB 16 (1968), 563
- TORRENTE-PESCATORE, Codice civile annotato, 5. Aufl. 1967
- TOUSIS, A., Genikai archai (Allgemeiner Teil) 1964
- TOUSIS, A., Gnomodotisis (Gutachten) 38/1954, Themis 65 (1954) 914
- TRIANTAPHYLLOPOULOS, K., Themis 51, 89
- TSIRINTANIS, A., entolê, plirexousiotis, exousiodotisis (Auftrag,
Vollmacht, Bevollmächtigung), in: timitikos tomos
Areiou Pagou, (1963), 375 ff
- TUHR, A. v., Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts,
Bd. I, II 1, II 2, 1910-1918
- TUHR, A. v., Der 86. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts, DJZ
1916, 582
- ULMER, E., Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl. 1960
- ULMER, P., Der Vertragshändler, 1969
- WABNITZ, B., Der Vorvertrag in rechtsvergleichender und rechtsgeschicht-
licher Betrachtung, Diss. Münster 1962
- WALSMANN, H., Ein Beitrag zu der Lehre von der Wollensbedingung,
JherJb 54 (1909), 197 ff
- WEIMAR, W., MDR 1961, 289
- WIEACKER, F., Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967
- WESTERMANN, H., Sachenrecht, 5. Aufl. 1966
- WOLF, M., Käuferschutz durch notarielle Beurkundung von Grundstücks-

kaufanwärterverträgen, JZ 1971, S. 80 ff

ZEPOS, P., Enochikon Dikaion (Schuldrecht), Bd. II, 2. Aufl. 1965

ZEPOS, P., ἡ παράδοσις δι' ἐνγράφου etc. (Die Übergabe durch Urkunde im byzantinischen und nachbyzantinischen Recht), in:

Tomos K. Armenopoulou (1952), 199 ff

ZWEIGERT, K., "Rechtsgeschäft" und "Vertrag" heute, in: Festschrift für Rheinstein, Bd. II (1969) 493 ff

ZWEIGERT-KOTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. II (1969)

Abkürzungsverzeichnis

AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
AG	= Aktiengesellschaft; Amtsgericht
AllgT	= Allgemeiner Teil
AN	= Archeion Nomologias (= Archiv für die Rechtsprechung)
BB	= Der Betriebsberater
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Cass	= Cour de Cassation; corte di cassazione
DB	= Der Betrieb
DNotZ	= Deutsche Notar-Zeitschrift
EEN	= Ephimeris Ellinon Nomikon (= Zeitung griechischer Juristen)
ErbR	= Erbrecht
FaR	= Familienrecht
grZGB	= griechisches Zivilgesetzbuch
grZPGB	= griechisches Zivilprozeßgesetzbuch
JherJB	= Jherings Jahrbücher für die Dogmatik
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristen-Zeitung
KG	= Kammergericht; Kommanditgesellschaft
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht
MOTIVE	= Motive zum BGB
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NoB	= Nomikon Bêma (= Juristische Tribüne)
ND	= Neon Dikaion (= Neues Recht)
OHG	= Offene Handelsgesellschaft
OGHZ	= Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für die britische Zone
RebelsZ	= Zeitschrift für ausländisches und internationales Recht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SaR	= Sachenrecht
SchR	= Schuldrecht
SchlHA	= Schleswig-Holsteinische Anzeigen
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Wirtschafts- und Handelsrecht
ZPR	= Zivilprozeßrecht
ZZP	= Zeitschrift für den Zivilprozeß

§ 1 Die Entwicklung der Lehre vom Vorvertrag im deutschen Recht

I. Die Entstehung der Lehre vom Vorvertrag

1. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit können die Parteien ihre Schuldverhältnisse im Rahmen der gesetzlichen Grenzen (vgl. §§ 134, 138 BGB) frei gestalten.¹⁾

Für die Erreichung mehrerer praktischer Zwecke kann man sich zunächst der von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Vertragstypen bedienen. Bliebe es nur dabei, dann würde die Vertragsfreiheit zu einem bloßen Wahlrecht unter aufgezählten Möglichkeiten (numerus clausus) reduziert. Dem Gesetz aber und dem Grundgesetz entnimmt man den Satz, daß es den Parteien freisteht überdie im BGB angeführten Schuldvertragstypen hinaus neue Formen zu erfinden;²⁾ es wird nämlich einer Verein-

1) Die Vertragsfreiheit ist die wichtigste Erscheinungsform der Privatautonomie, so daß beide Begriffe oft als gleichbedeutend gebraucht werden; vgl. FLUME, S. 12

2) Statt aller FIKENTSCHER, SchrR § 11 3 S. 47

barung die Rechtswirksamkeit nicht aus dem einzigen Grund versagt, dass ihr "Modell" nicht im Gesetz steht.

Diese Situation liegt beim Vorvertrag (VV) vor, mit dem man gemeinhin eine auf Abschluss eines anderen Vertrags gerichtete Vereinbarung versteht. Seine Zulässigkeit wird auf Grund der Vertragsfreiheit anerkannt ³⁾, obwohl das BGB keine Bestimmung darüber enthält ⁴⁾. Mit der Zulässigkeit eines Vertragstatbestandes kraft der Vertragsfreiheit wird aber nichts über seine Rechtswirkungen gesagt. Um den "neuen" Vertragstypus rechtlich funktionsfähig zu machen, muss man seinen Begriff klären und die für ihn geltenden konkreten Regeln "finden" ⁵⁾.

2. Das war auch der Fall beim VV, obwohl er keine eigentlich neue Rechtsfigur war. Mit dem Wort "VV" hat THÖL das gemeinrechtliche pactum de contrahendo wiedergegeben, weil er letzteres "schwerfällig und undeutsch" fand ⁶⁾. Begriff, Bedeutung und Wirkungen der pacta de contrahendo waren allerdings sehr umstritten ⁷⁾. Man bezeichnete als solche eine Fülle von verschiedenartigen Abreden, wie etwa den Wechselschluss (pactum de cambiando) und die drei pacta de mutuo dando, de oppignorando, de deponendo ⁸⁾. Gemeinsam

-
- (3)- So NIELAND-KRÜGER in BGB-RGRK vor § 145 Anm. 13; PALANDT (-DANCKELMANN), Einf. vor § 305, 4 f; FIKENTSCHER, Schr, § 23 I 3; RG 66, 116 (120); BGH WM 1963, 663. Abgesehen von den sog. Gegnern des VV, wird seine Zulässigkeit in der sonstigen Literatur und in der Rechtsprechung kaum diskutiert.
- (4)- Ob es sich in § 610 um einen VV handle, wird heute entgegen der früheren Auffassung stark bestritten; siehe unten § 2 V 3 d.
- (5)- Zur Frage der Rechtsfindung vgl. statt aller ENNECCERUS-NIPPERDEY, §§ 58 ff. S. 336 ff.
- (6)- THÖL, Handelsrecht, Vorrede zur dritten Auflage (1854); in § 246 der fünften und sechsten Auflage (1875 bzw. 1879) wird der VV besonders behandelt. Unter VV verstand THÖL "den Vertrag vor einem Vertrag, d.h. einen Vertrag dahin geschlossen, dass ein Vertrag geschlossen werden soll, also einen gegenwärtigen Vertrag, welcher einen künftigen Vertrag verspricht" (Handelsrecht, 3. Aufl. Note zu § 62).
- (7)- Vgl. ROTH, S. 1-19; WABNITZ, S. 64 ff.

hatten alle diese pacta nur, dass für ihre Rechtswirkungen mindestens noch eine Willenserklärung erforderlich war ⁹⁾. Dieses lockere Verhältnis der pacta de contrahendo untereinander konnte schwer zu einer alle Erscheinungen umfassenden Lehre führen, zumal ihre rechtliche Relevanz überhaupt bestritten war ¹⁰⁾.

3. Die Lehre vom VV, wie sie heute noch im allgemeinen vertreten wird, war in ihrem grundsätzlichen Inhalt aufgestellt worden von DEGENGOLB in seinem 1887 erschienenen Aufsatz "Zur Lehre von dem VV" ¹¹⁾. DEGENGOLB operiert mit einem, wie er selbst sagt ¹²⁾, abstrakten Begriff des VV, verteidigt dessen "logische" Existenz und Möglichkeit ¹³⁾ und schliesst aus diesem die "Folgesätze" ¹⁴⁾.

-
- (8)- Ferner: den Vertrag, durch den ein Vor- oder Rückkaufsrecht begründet wird (REGELSBERGER, Zivilrechtliche Erörterungen, Heft 1, 1868, S. 132); die Vereinbarung, durch die sich die Parteien verpflichten, eine Aktien- oder Kommanditgesellschaft zu gründen (THÖL, Handelsrecht, §§ 128, 130); sogar der Kauf nach § 375 HGB ("Spezifikationskauf", RÖMER, Abhandlungen aus dem römischen Recht, dem Handels- und Wechselrecht, Bd I, 1877, S. 134 f).
- (9)- Zuweilen ist statt vom pactum de contrahendo von den pacta praeparatoria die Rede. Ähnlich wird das pactum de retrovendo als "pactum antecedens" bezeichnet (KOCH, Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Recht, 2. Aufl. 1859, Bd III, §§ 242, 246).
- (10)- v.SAVIGNY, das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd II (1853), meinte: "Was man so nennt, ist oft nichts anderes als ein unfertiger, in der Vorbereitung begriffener Vertrag, der natürlich noch keine rechtliche Wirkung haben kann", oder aber das sei "ein völlig abgeschlossener Vertrag mit bloss aufgeschobener Erfüllung" (S. 245).
- (11)- AcP 71 (1887), S. 1 ff. Der Aufsatz besteht aus zwei Theilen: der erste ist schon im Jahre 1871 als Festschrift für FRITZ erschienen; der zweite ist eine Erweiterung der unverändert gebliebenen ursprünglichen Studie um einige "neue Beiträge", welche die Kritik von STORCH ("Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehensvertrag und die Bedeutung der 1, 20 D XXII, 1", Diss. Berlin 1878) und GELLER ("VV und Punktation, Versuch einer Überprüfung der Lehre von den vorbereitenden Verträgen" im österreich. Zentralblatt für die juristische Praxis, 1, 1883, S. 133 ff.) veranlasst hat.
- (12)- AaO, S. 18.
- (13)- AaO, S. 54 ff und 69 ff. Die logischen Erwägungen DEGENGOLBs sind charakteristisch für die Begriffsjurisprudenz seiner Zeit.
- (14)- AaO, S. 18 ff.

Seine noch heute anerkannten Hauptthesen sind:

- a) Der VV, dessen besonderes Merkmal in der Verpflichtung zum contrahere liegt, ist ein selbständiger, vom HV unabhängiger Vertrag¹⁵⁾.
- b) Als VV sind ausschliesslich solche zu schuldrechtlichen Verträgen zu verstehen und zwar nicht nur zu Real- sondern auch zu Konsensualverträgen¹⁶⁾.
- c) Bei formbedürftigen HV soll die Form auf den VV nur dann übertragen werden, wenn die konkrete Formvorschrift die "Verhütung von Übereilung" bezweckt¹⁷⁾.
- d) Zwar entscheiden über die inhaltliche Bestimmtheit des VV die allgemeinen Grundsätze, doch sollte man nicht die spezifischen Bestimmtheiterfordernisse des HV auf den VV übertragen¹⁸⁾.
- e) Es gibt einseitige und zweiseitige VV¹⁹⁾.

Im Gegensatz zu diesen Thesen konnte die von DEGENGOLB vorgeschlagene²⁰⁾ Einordnung der Lehre vom VV in die Lehre von den "Objekten der Verträge" nicht akzeptiert werden²¹⁾.

(15)- AaO, S. 36, 51.

(16)- AaO, S. 7, 24 ff, 54 ff, 69 ff.

(17)- AaO, S. 37, 39.

(18)- AaO, S. 35 Anm. 51, 80, 87.

(19)- AaO, S. 89 f.

(20)- AaO, S. 51. Dies wurde jedoch von STINZING, S. 8, als das "Hauptverdienst der DEGENGOLBschen Abhandlung" bezeichnet.

(21)- Ebenso ist seine Theorie über Vertragsreproduktion und -vollziehung in Zusammenhang mit den VV ohne nennenswerten Nachhall geblieben. AaO, S. 90, dazu vgl. die im gleichen Band des AcP (71), S. 161-226 erschienene Abhandlung von DEGENGOLB unter dem Titel: "Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion". Siehe ferner den Aufsatz von P. MEYER, Vertragsvollziehung oder Vertragsreproduktion, AcP 67 (1897), S. 77 - 109.

4. Jedenfalls haben die Verfasser des BGB an die DEGENGOLBSche Grundkonzeption angeknüpft. Obwohl sie mit der knappen Begründung, es gebe kein "zureichendes Bedürfnis", von einer allgemeinen Regelung des VV im BGB abgesehen haben, halten sie den VV sowohl bei Real- als auch bei Konsensualverträgen für zulässig²²⁾. Ferner ist nach ihrer Auffassung der VV nur dann gültig, "wenn der Inhalt des künftigen Vertrages ... zur Genüge bestimmt ist"²³⁾. Diese spärlichen Ausführungen der Motive²⁴⁾ liessen in Wirklichkeit die ganze Problematik des VV offen, und daher wurde die Diskussion über die Existenz und Wirkungen des VV auch nach Einführung des BGB weitergeführt. Immerhin hat sich der VV als Begriff und terminus in der Gerichtspraxis durchgesetzt, wobei er nicht selten zur Bezeichnung von sehr unterschiedlichen Tatbeständen herangezogen wurde.

5. In der Theorie war aber die herrschende Meinung mehreren Angriffen ausgesetzt, die von etlichen Modifikationen bis zur Ablehnung der Lehre vom VV gehen. Zu nennen sind hier besonders die Arbeiten von STINZING und SCHLOSSMANN. STINZING²⁵⁾ nimmt eine Neugestaltung²⁶⁾ der VVslehre vor, indem er den "doppelseitigen" VV zum perfekten HV erklärt²⁷⁾ und den (einseitigen) VV durch

(22)- MOTIVE, I, S. 178.

(23)- MOTIVE, ebenda.

(24)- In den Motiven, II, S. 340, wird der VV noch in den Erläuterungen zum Wiederkauf erwähnt, allerdings nicht im technischen Sinn.

(25)- STINZING, Die Vorverpflichtung, 1903, Heft 1. Diesem Heft sollte ein zweites folgen, welches aber nicht erschienen ist.

(26)- An manchen DEGENGOLBSchen Gedanken, wie etwa die Besonderheit des VV liege im Leistungsgegenstand, hält er jedoch fest.

(27)- AaO, S. 11.

den Begriff der Vorverpflichtung ersetzt²⁸⁾. Aus solchen Vorverpflichtungen lässt STINZING den Berechtigten direkt auf Erfüllung des HV klagen, ohne dass dieser die vorherige Verurteilung des Vertragspartners zur Abgabe einer Willenserklärung zu erstreben braucht²⁹⁾. SCHLOSSMANN⁽³⁰⁾ verwirft den VVs-begriff schlechthin. Den zweiseitigen VV hält auch er für einen fertigen (Haupt)Vertrag und zwar ohne Rücksicht auf den Parteiwillen, denn "die Rechtsordnung braucht sich nicht zur Dienerin der Launen und absonderlichen Wünsche der Parteien herzugeben"³¹⁾. Für einseitige VV sieht SCHLOSSMANN kein Interesse, weil der sog. bindende Vertragsofferte zum gleichen Ziel führen kann³²⁾. Damit wird aber nicht die Rechtswirkung der VV geleugnet, sondern versucht, diese Tatbestände unter bekannte Rechtsgebilde unterzubringen. In gleichem Sinn meint v.THUR, es sei möglich und richtig, bei allen VV (auch bei denen zu Realverträgen) "ohne die Konstruktion eines VV auszukommen"³³⁾.

- (28)- Nach STINZING sind die Vorverpflichtungen grundsätzlich Nebenabreden (aaO, S. 12). Als Beispiele erwähnt er die Verpflichtung, einen Wechsel zu zeichnen, eine Anweisung zu erteilen, eine Vertragsreproduktion vorzunehmen (aaO, ebenda). Die Verpflichtung zur Beurkundung kann nur dann als Vorverpflichtung bezeichnet werden, wenn die in Aussicht genommene Urkunde als Dispositiv-Urkunde gedacht worden ist.
- (29)- Eine der Schwächen der Lehre vom VV war von jeher, dass das (Leistungs-)Urteil aus dem VV nicht vollstreckt werden konnte, denn es galt der Satz "nemo cogi potest ad factum". Seit dem Inkrafttreten der ZPO glaubt man, in ihrem § 894 (ursprünglich § 779) die Lösung des Problems gefunden zu haben. In Wirklichkeit ist aber diese Lösung unbefriedigend, weil der Berechtigte aus dem VV zweimal klagen sollte: erst auf Abgabe der geschuldeten Willenserklärung und dann auf die Haupt-Leistung. STINZINGs Argumentation erinnert an die Lehre vom Optionsvertrag, der sehr häufig vom VV schwer zu unterscheiden ist. Siehe unten § 3.1 z c.
- (30)- SCHLOSSMANN, Über den VV und die rechtliche Natur der sog. Realkontrakte, JherJb 45 (1903), S. 1 ff.
- (31)- AaO, S. 6.
- (32)- AaO, S. 84.
- (33)- v.THUR, Bd II, 1, S. 494.

So hat die Dogmatik des VV bis in die ersten zwei Jahrzehnte unseres Jahrhunderts ihre sozusagen "klassische" Form bekommen: die herrschende Meinung erkennt den abstrakten VVsbegriff in der Form, die ihm DEGENGOLB gab, während einige Autoren auf die Zwecklosigkeit bzw. die Systemwidrigkeit des VV hinweisen ³⁴⁾. Für unerlässlich hält man den VV zu den sog. Realverträgen ³⁵⁾ in den Fällen eines blossen Versprechens der Sachleistung ³⁶⁾. Die Gerichte qualifizieren häufig Vereinbarungen als VV, ohne sie allerdings immer als rechtswirksam zu betrachten ³⁷⁾. Die theoretische Begriffsverwirrung in Verbindung mit der geringen praktischen Bedeutung führte einerseits zur knappen Behandlung des VV in den Gesamtdarstellungen, machte aber andererseits den VV zu einem Lieblingsthema für Dissertationen ³⁸⁾.

II. Der Geschäftserrichtungsvertrag.

1. Mit einer tiefgründigen Arbeit von ROTH ³⁹⁾ wurde die Lehre vom VV zum ersten Mal umfassend dargestellt, vielfach kritisiert und mit den Regelungen in Österreich, Italien, Frankreich und in

- (34)- Letztere bilden die Gruppe der sog. Gegner des VV, zu denen ausser der schon erwähnten auch REICHEL (vgl. seine Ausführungen in seiner Maklerprovision, 1913, S. 18 ff) gehört. Vgl. auch im gemeinen Recht die Ansichten von BECHMANN, Der Kauf nach gemeinem Recht, II(1884), S. 232 (der VV sei eine "hybride Schöpfung" des Parteiwillens) und v. SAVIGNYs, aaO (oben Note 10).
- (35)- S. auch ADLER, Realkontrakt und VV, JherJb 31(1892) S. 190 ff.
- (36)- Statt aller ENNECCERUS, SchrR, § 360 (Leihe), § 364 (Darlehen), § 389. (Verwahrung).
- (37)- Hauptsächlich wegen nicht genügender Bestimmtheit; so z.B. RG 46, 259; OLG Karlsruhe, OLGE 2 (1901), 178. Nicht genügend bestimmte VV aus der Rechtsprechung zu gemeinem Recht: ROHG 7, 38; 11, 1.
- (38)- Von 1895 bis 1924 hat ROTH, S. 78, 28 Dissertationen über den VV im allgemeinen registriert, zu denen wenigstens noch elf aus der Zeit von 1925 bis 1936 hinzuzufügen sind (letztere angeführt und zusammen mit den früheren grösstenteils ausgewertet bei METZDORF, Die Grundfragen des VV nach deutschem und österreichischem Recht, Diss. Breslau 1938).
- (39)- ROTH, der VV, eine zivilrechtliche Studie unter besonderer Berücksichtigung von Art. 22 des schweizerischen Obligationenrechts, Abhl. zum schweiz. Recht, N.F. Heft 37, Bern 1928.

der Schweiz verglichen. Bis dahin bewegte sich die Diskussion innerhalb des inflexiblen Pandekten-Systems und hauptsächlich zwischen den DEGENGOLBschen Thesen und den aufgestellten Antithesen. Dabei waren die Grundprobleme des Vertragsrechts entweder gar nicht oder sehr wenig erörtert worden, obwohl DEGENGOLB selbst erkannt hat, dass sich die Frage der Stellung des VV im Privatrecht ohne das Eingehen auf die allgemeinere Frage nach der richtigen Systematisierung der Verträge nicht vollständig erledigen lässt ⁴⁰⁾.

ROTH versucht eine Neugrundlegung der VVslehre im Rahmen einer Theorie der Vertragsentstehung, also dort, wo DEGENGOLB die Einordnung für unrichtig hielt ⁴¹⁾. Sowohl den abstrakten "Gattungsbegriff" des VV als auch die einzelnen geläufigen VVstatbestände hält ROTH für dogmatisch verfehlte Konstruktionen ⁴²⁾. Jedoch begnügt er sich nicht mit der Kritik und Ablehnung des herkömmlichen VVsbegriffs, sondern er greift auf die alten pacta de contrahendo zurück und leitet aus ihnen den "Geschäftserrichtungsvertrag" ab, der die Funktionen des VV übernehmen soll ⁴³⁾. Nach einer Analyse des Vertragsabschlussvorganges ⁴⁴⁾ erläuterte ROTH Begriff, Bedeutung und Wirkungen seines GEVertrages. Dieser kann dort auftreten, wo für den Tatbestand des in Aussicht genommenen Vertrages ausser der blossen rechtsgeschäftlichen Willenserklärung der Par-

(39)- Fortsetzung: Die Schrift hat auch als Dissertation an der Jur. Fak. der Universität Freiburg (Schweiz) vorgelegen. Zu dieser Arbeit war ROTH von der Preisausschreibung des schweiz. Juristenvereins für das Jahr 1925 angeregt, die den VV zum Thema hatte.

(40)- DEGENGOLB, S. 50/51.

(41)- DEGENGOLB, S. 51: "In der Lehre vom Vertragsabschluss sollte der VV m.E. eine Stelle überhaupt nicht finden".

(42)- ROTH, S. 128 ff und 203-206.

(43)- AaO, S. 207 ff, 257 ff, 269.

(44)- AaO, S. 229 ff.

teilen weitere Tatbestandselemente erforderlich sind ⁴⁵⁾. Solche zusätzlichen Erfordernisse sind zum Beispiel die Form (privatschriftliche oder öffentliche Beurkundung), die Eintragung in öffentliche Register (wie etwa bei Gesellschaften), die Mitwirkung dritter Privatpersonen oder ein staatlicher Akt in Form **einer** Zustimmung ⁴⁶⁾. In diesen Fällen haben die Parteien ein Interesse daran, die nicht direkt vollziehbare Verwirklichung ihres "Geschäftswillensentschlusses" zu sichern und dafür bietet sich als "nächstliegendes Mittel" eine obligatorische Vereinbarung an, "durch die sich die Kontrahenten gegenseitig zunächst zur definitiven Geschäftserrichtung verpflichten" ⁴⁷⁾. Ferner ist Obligationsgegenstand des GEVertrags "ein dem rechtsgültigen Zustandekommen des beabsichtigten Hauptgeschäfts entsprechendes Verhalten der Parteien" ⁴⁸⁾. Anwendungsbereich des GEVertrags sind insbesondere die Fälle der Errichtung von form- oder genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften ⁴⁹⁾. Obwohl der zweiseitig bindende GEVertrag die Regel sein soll, ist es denkbar, dass er auch nur einseitig bindend eingegangen wird ⁵⁰⁾. Schliesslich meint ROTH zu den Fragen der Erfordernisse des GEVertrags, die Hervorhebung des Bestimmtheitserfordernisses sei überflüssig, da das Hauptgeschäft hier der **Sache** nach vollkommen bestimmt sein wird ⁵¹⁾, während GEVerträge zu formbedürftigen Hauptgeschäften ebenfalls formbedürftig seien, wenn die **betreffende** Formvorschrift den Schutz

(45)- AaO, S. 275 ff.

(46)- AaO, S. 261.

(47)- AaO, S. 264.

(48)- AaO, S. 275.

(49)- AaO, S. 289.

(50)- AaO, S. 299.

(51)- AaO, S. 297.

der Parteien ⁵²⁾ bezweckt. Die von ROTH vorgenommene Umgestaltung des VVs begriffs bleibt noch heute die gedankenreichste Analyse zum Thema "VV", welche das deutschsprachige Schrifttum aufzuweisen hat. Obwohl manches in dieser Arbeit überholt oder nicht stichhaltig erscheinen mag, ist ihre Grundkonzeption immer noch eine diskutable Alternative zur herrschenden VVslehre ⁵³⁾.

2. Letzterdings stellt sich BRÜGGEMANN ⁵⁴⁾ die Aufgabe, die Erkenntnisse von ROTH fortzuentwickeln. Er greift auf den "Geschäftserrichtungsvertrag" zurück und untersucht hauptsächlich die Leistungsstörungen beim zweiseitig verpflichtenden VV. Seine Thesen:

a) Der VV ist die erste Stufe eines dreifachen Vorganges, dessen übrige Stadien der HV und das Erfüllungsgeschäft sind ⁵⁵⁾.

b) Es gibt und es kann den VV nur zu Verpflichtungsgeschäften geben ⁵⁶⁾.

c) Entgegen der Ansicht DEGENGOLBS ist der VV als pactum praeparatorium aufzufassen, das eine Mitwirkungs- und Vertragsgestaltungspflicht begründet ⁵⁷⁾. Dabei ist die Leistungsbereitschaft eine Nebenpflicht ⁵⁸⁾.

d) Der VV steht zum HV in einem besonderen synallagmatischen und kausalen Verhältnis. Der VV empfängt nicht nur seine causa vom HV, sondern ist selbst der Rechtsgrund der im HVsabschluss

(52)- AaO, S. 316, 311.

(53)- Die Schrift ist unentbehrlich für jede Arbeit über den VV auch wegen ihrer erschöpfenden Sammlung des Schrifttums im vorigen Jahrhundert und bis zum Jahre 1925. Mit Recht verwundert es BRÜGGEMANN (S. 203 Anm. 27), dass sich HENRICH in seiner zusammenfassenden Arbeit mit ROTH nicht auseinandersetzt hat.

(54)- BRÜGGEMANN, Causa und Synallagma im Recht des VV, JR 1968, S. 201 - 209.

(55)- AaO, S. 204 Sp. 1.

(56)- AaO, S. 204 Sp. 1.

(57)- AaO, S. 203 Sp. 1, 204 Sp. 2, 207 Sp. 1.

(58)- AaO, S. 207 Sp. 1.

erbrachte Leistung⁵⁹⁾.

e) Obwohl die Regelung des gegenseitigen Vertrags in §§ 320ff BGB auf das funktionelle Synallagma zugeschnitten ist, können manche dieser Vorschriften auch auf den (genetisch-synallagmatischen) VV, wenn auch nicht unmittelbar, so doch entsprechend angewendet werden⁶⁰⁾. Zu prüfen ist also, wieweit die Regeln der §§ 320 ff. BGB, § 17 KO und § 36 VglO im einzelnen auf den VV Anwendung finden⁶¹⁾.

BRÜGGEMANNs Beitrag ist theoretischer Natur⁶²⁾. Die zentralen Fragen der VVslehre (Form und Bestimmtheit) behandelt er nicht, und der wichtigste Punkt bleibt trotz der Ausführungen zu den Leistungsstörungen weiterhin offen: wie der VVsgläubiger, nachdem BRÜGGEMANN den Weg über § 894 ZPO verworfen hat⁶³⁾, überhaupt zu der Hauptleistung kommen kann.

III. Der Durchgriffsgedanke.

Diese Problematik, also wie der Berechtigte aus dem VV die erzielte (Haupt-)Leistung erreichen kann, erörtert BLOMEYER⁶⁴⁾ am Beispiel der Regelung über die promesse de vente im französischen code civil. Gegenstand der rechtsgeschichtlichen und rechtsvergleichenden Untersuchung BLOMEYERS ist die in der Praxis geläufigste Erscheinungsform des VV: der einseitige VV zu einem Kaufvertrag und besonders das Verkaufsversprechen. Er stellt die Ent-

(59)- AaO, S. 206, Sp. 2.

(60)- AaO, S. 207, Sp. 1.

(61)- AaO, S. 207 ff.

(62)- Aus der Rechtsprechung berücksichtigt er praktisch je eine Entscheidung der RG und des BGH (AaO, S. 206, Sp. 1).

(63)- AaO, S. 202, Sp. 2.

(64)- BLOMEYER, la promesse de vente vaut vente, Festschrift für LEO RAAPE (1948), S. 269 - 303.

wicklung der rechtlichen Behandlung des Verkaufsversprechens dar, die zu dem positiv-rechtlichen "Durchgriff" in Art. 1589 des französischen code civil von 1806 geführt hat: die promesse de vente wird zur (endgültigen) vente erklärt, wenn sich die Parteien über Sache und Preis geeinigt haben. Dieser Bestimmung wird die in umgekehrter Richtung verlaufende Rechtsentwicklung in Italien unter der Herrschaft des codice civile von 1969 ⁶⁵⁾ entgegengestellt, wobei Lehre und Rechtssprechung mangels einer ausdrücklichen Regelung zur Anerkennung eines selbständigen VVsbegriffs gelangt waren.

Weiter untersucht BLOMEYER die einschlägigen Tatbestände im deutschen Recht und stellt als Ergebnis die Forderung auf, den circulus inutilis der Klage auf Abgabe einer Willenserklärung bei den Varianten des Verkaufsversprechens zu vermeiden ⁶⁶⁾. Obwohl dadurch der VV in seinen wichtigsten Fällen praktisch eliminiert wird, lässt BLOMEYER die Frage nach der Zulassung des VV im allgemeinen offen ⁶⁷⁾. Das Gewicht dieses Beitrages liegt darin, nachzuweisen, dass die Lösung des Problems, wie der VVsberechtigte zu der Hauptleistung kommt, nicht im Prozessrecht, sondern im materiellrechtlichen Gebiet zu suchen ist ⁶⁸⁾. Ferner wird darauf hingewiesen, dass bei der Erörterung der Form des VV auch die Frage zu untersuchen ist, welchen Sinn ein VV hat, wenn er die gleiche Form wie der HV haben soll. Schliesslich stellt BLOMEYER eine dem deutschen

(65)- Die Neuerungen des codice civile von 1942 wurden nicht berücksichtigt; vgl. aaO, S. 269 Vorbemerkung.

(66)- AaO, S. 302/303.

(67)- AaO, S. 303.

(68)- AaO, S. 296.

(69)- AaO, S. 271: der durch Art. 1589 cc ausgeschlossene VV könnte im französischen Recht die Rolle des obligatorischen Vertrags spielen.

(70)- Auch nach dem geltenden codice civile von 1942.

(71)- AaO, S. 295.

Recht fremde Funktion des VV bei Rechtssystemen dar, die dem Kauf sachenrechtliche Wirkungen beilegen, nämlich die des rein schuldrechtlichen Geschäfts ⁶⁹⁾. Das ist im italienischen Recht ⁷⁰⁾ der Fall, wo der dem VV entsprechende contratto preliminare zur Verfügung durch Kaufvertrag verpflichtet ⁷¹⁾. Dieser Aspekt konnte aber für das deutsche Recht nicht nutzbar gemacht werden, weil das "Trennungsprinzip" ihm immanent ist ⁷²⁾. Wie aber in der vorliegenden Arbeit zu zeigen sein wird, ist es möglich, die "Verpflichtung zu verkaufen" als "Verpflichtung zu verkaufen im Sinne § 433 BGB und aufzulassen" aufzufassen (vgl. § 925 a BGB) ⁷³⁾. Dann hätte der VV, und zwar mit Rücksicht auf den Parteiwillen, auch die Wirkungen des eigentlichen HV und dadurch wäre das Durchgriffsproblem beantwortet.

IV. Das neuere Schrifttum.

In der letzten Zeit wurde die VVsliteratur um drei neue Arbeiten bereichert. Da sie fast gleichzeitig entstanden, hatte praktisch keine die andere berücksichtigen können. Daher ist vieles wiederholt worden, während einige Fragen bei allen unbeantwortet geblieben sind.

1. WABNITZ ⁷⁴⁾ bietet eine geschichtliche Untersuchung, die er mit der Darstellung der Regelungen im österreichischen, schweizerischen, französischen und anglo-amerikanischen Recht abschliesst. Seine Er-

(69)- s. vorherige Seite.

(70)- s. vorherige Seite.

(71)- s. vorherige Seite.

(72)- Der Trennung zwischen obligatorischem und dinglichem Rechtsgeschäft entspricht das Traditionsprinzip. Dass diese Betrachtungsweise der zugrundeliegenden wirtschaftlichen Vorgänge nicht die einzig mögliche ist, zeigen die Ausführungen im RABELS "Warenkauf" (vgl. etwa die Regelung im englischen Recht, I, S. 30).

(73)- Dazu unten § 6.

(74)- WABNITZ, Der VV in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung, Diss. Münster 1962.

gebnisse sind:

a) Was die Existenz des VV als eigenständiges Rechtsinstitut betrifft, unterscheiden sich die Rechtsordnungen, die den VV nicht kennen (England, USA) oder ihn gesetzlich ablehnen (Frankreich) von anderen, die ihn völlig anerkennen oder sogar besonders regeln (Deutschland, Österreich, Schweiz) ⁷⁵⁾.

b) Wo der VV anerkannt ist, stellt man zuweilen an die Inhaltsbestimmtheit des VV geringere Anforderungen als an die des HV. Das gilt auch für die heutige Theorie und Praxis in Deutschland ⁷⁶⁾.

c) Die Zwangsvollstreckung auf "contrahere" findet in gleicher Weise im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht statt: die geschuldete Erklärung wird durch Urteil ersetzt ⁷⁷⁾.

d) Die Form eines VV zu einem formbedürftigen HV hängt im deutschen, schweizerischen und französischen Recht vom Zweck der HVsform ab: Dient die Form dem Schutz vor Übereilung, dann gilt sie auch für den VV ⁷⁸⁾. Kritisch äussert sich WABNITZ zu der h.M., insofern sie eine Lockerung des Bestimmtheitserfordernisses speziell beim VV zulässt ⁷⁹⁾.

2. LORENZ ⁸⁰⁾ behandelt nicht nur den VV, sondern überhaupt die verschiedenen Rechtsformen, die ein "Vorzugsrecht beim Vertragsschluss" begründen. Nachdem er ihr Anwendungsgebiet umschrieben hat, stellt er fest, dass im mitteleuropäisch-deutschen Rechtskreis der Terminus "VV" häufig in einem untechnischen Sinn gebraucht wird und unter-

(75)- AaO, S. 165 ff.

(76)- AaO, S. 168 f.

(77)- AaO, S. 171.

(78)- AaO, S. 168 f.

(79)- AaO, S. 169.

(80)- LORENZ, Vorzugsrechte beim Vertragsabschluss, Festschrift für DÖLLE (1963), Bd. I, S. 103 - 133.

scheidet zwischen dem "echten" VV und den gleichartigen Tatbeständen. Für einen echten VV hält LORENZ nur den zweiseitig verpflichtenden ⁸¹⁾, der aber von relativ geringer Bedeutung ist ⁸²⁾. Daher untersucht er näher das Recht aus der Offerte, die Option, die "Vorhand" und das Ankaufsrecht mit Schwerpunkten wie Fragen nach der Form ⁸³⁾, der Abtretbarkeit ⁸⁴⁾, dem Bindungsentgelt ⁸⁵⁾ und der Vormerkung ⁸⁶⁾. Ferner schildert er die Regelung im französischen, italienischen und anglo-amerikanischen Recht ⁸⁷⁾.

Das Anliegen des Beitrags von LORENZ scheint die Überwindung der "VVstheorie" bei den erwähnten Vorzugsrechten zu sein. Ein auf einseitiger Verpflichtung des anderen Teils beruhendes Vorzugsrecht des Begünstigten, das mit dessen Ausübungserklärung sofort zum endgültigen Vertragsschluss führt, soll nicht mehr als VV, sondern als Option behandelt werden, mag man dafür auch eine verschiedene Terminologie verwenden, wie z.B. Ankaufsrecht, Kaufsrecht und dergleichen ⁸⁸⁾.

3. Eine scharfe Trennung zwischen VV und Option nimmt auch HENRICH ⁸⁹⁾ in seiner Schrift an. Sämtliche Erscheinungsformen von vertraglichen Bindungen vor dem endgültigen Vertrag ordnet er auf Grund einer apriorischen Begriffsbestimmung in drei Gruppen: Vor-

(81)- AaO, S. 105 und 111.

(82)- AaO, S. 113 und 115 Anm. 32.

(83)- AaO, S. 109, 115.

(84)- AaO, S. 106, 129 ff.

(85)- AaO, S. 109 f.

(86)- AaO, S. 117, 119.

(87)- AaO, S. 120, 122 ff. 126 ff.

(88)- AaO, S. 113.

(89)- HENRICH, VV, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluss. Berlin/Tübingen 1965. Die Arbeit hat im SS 1962 als Hab.-Schrift vorgelegen. Bei der Bearbeitung für die Drucklegung wurde die neuere Literatur und Rechtsprechung (zu der offensichtlich auch die wichtigen Entscheidungen BGH WM 1961, 1052 und BGH WM 1961, 1053 gehören) nicht in vollem Umfang berücksichtigt.

verträge, Optionsverträge und Vorrechtsverträge. VV sind Verträge, die beide oder nur eine Partei zum Abschluß eines Vertrages verpflichten; Optionsverträge, diejenigen, die einer Partei das Recht einräumen, einen Vertrag durch einseitige Erklärung zustande zu bringen; Vorrechtsverträge, diejenigen, die einen Partner verpflichten, für den Fall, daß er sich zum Abschluß eines bestimmten Vertrages entschließen sollte, den anderen Partner dritten Personen vorzuziehen. Mit dieser Dreiteilung wird der Anwendungsbereich der Lehre vom VV auf die "eentlichen" VV-Tatbestände beschränkt.

HENRICH bedient sich bei seiner breit angelegten Arbeit der rechtsvergleichenden Methode. Die Ausarbeitung der besonderen Regeln für die VV erfolgt nicht nur an Hand der deutschen Rechtsprechung, sondern auch unter Berücksichtigung der parallelen Lösungen im Ausland. Während HENRICH die Probleme des Optionsvertrags und des Vorrechtsvertrags schöpferisch behandelt, folgt er bei fast allen Fragen des VV der h.L.⁹⁰⁾. Ausgangsposition ist die Selbständigkeit des VV gegenüber dem HV. Allerdings bemüht sich HENRICH, die Forderung, den circuitus inutilis eines HV zu vermeiden, auf verschiedene Weise zu erfüllen. Zunächst führt er bei der Abgrenzung von VV und Optionsvertrag eine Auslegungsregel ein, auf Grund derer die Mehrzahl der einseitig verpflichtenden Vertragsversprechen nicht als VV sondern als Optionsverträge behandelt werden können. Das ist aber auch nach HENRICHs Vorstellung ein Durchgriff⁹¹⁾. Ferner wird eine Verbindung der unvermeidlichen Klage auf Abgabe einer Willenserklärung mit der Klage auf die Hauptleistung empfohlen⁹²⁾.

90) Auch BRUGGEMANN, S. 201 Sp. 1, sieht in den Ausführungen HENRICHs eine Zusammenfassung der h.L.

91) A.a.O., S. 233/234

92) A.a.O., S. 187

Das bedeutet auch nichts anderes als eine Lösung des Durchgriffsproblems im Bereich des Prozeßrechts⁹³⁾. Schließlich läßt HENRICH eine direkte Klage auf Schadensersatz (ohne vorherige Verurteilung zum Abschluß des HV) genügen, wenn der Gläubiger Ansprüche wegen Nichterfüllung geltend macht;⁹⁴⁾ wieder eine Art "Durchgriffs"! Mit diesen Ergänzungen der VV-Lehre wird ein System erreicht, bei dem die Wirkungen des VV im Ergebnis weitgehend die gleichen sind, wie jene des HV. Unterschiede bestehen praktisch nur noch in den Voraussetzungen für die Schuldbegründung: manche formlose VV zu Formbedürftigen HV und manche inhaltlich unvollständige VV sollen verbindlich sein, obwohl sie unter den gleichen Voraussetzungen als HV nichtig wären.

4. Diese Situation kann systematisch nicht befriedigen und berechtigt eine Untersuchung über die Tatbestände, die man als VV bezeichnet. Um für die eigentlichen Sachprobleme eine möglichst vollständige Anschauungsbasis zu gewinnen, sind erst diese Tatbestände darzustellen (§ 2). Es folgt die systematische Darstellung des Rechts des VV, wie es von der Rechtsprechung und der Lehre entwickelt worden ist (§ 3). Danach wird über das Recht des VV in Griechenland berichtet, dessen Entwicklung für die Rechtsformforschung von besonderem Interesse ist (§ 4). Im übrigen ist die Rechtsvergleichung nur soweit durchgeführt worden, als die Fragen dieser Arbeit fördern kann. (§ 5). Die Arbeit schließt mit der kritischen Würdigung der deutschen Lehre vom VV und rechtsvergleichen den Bemerkungen ab (§6).

93) Entgegen der Ansicht BLOMEYERS, promesse, S. 226

94) A.a.O., S. 216: Eine Klage auf Abschluß des HV "wäre hier ein sinnloser Umweg".

§ 2 Die Tatbestände des Vorvertrages

I. Allgemeines

In der Rechtssprache¹⁾ wird der Terminus "VV" in weit mehr Zusammenhängen verwendet, als man erwarten würde. "u Verträgen jedweden Inhalts kann ein VV auftauchen. Die Korrelation gibt es auch außerhalb des Privatrechts, wo der überkommene VV-Begriff sich entwickelt hat und ausschließlich behandelt wird. Auch im Völkerrecht kennt man VV und pactum de contrahendo²⁾; was für die privatrechtliche Dogmatik keineswegs uninteressant ist.³⁾

II. Vorverträge zu Kaufverträgen

1. Als KaufVV oder VV zu einem Kaufvertrag wird der Vertrag bezeichnet, durch den sich die Parteien ein- oder wechselseitig verpflichten, einen Kaufvertrag abzuschließen. Dabei handelt es sich hauptsächlich um folgende Tatbestände:

a) Wohnungsunternehmen und Privatpersonen, die ein Eigenheim oder eine Eigentumswohnung kaufen wollen, treffen häufig eine Vereinbarung, welche die Bedingungen für den käuflichen Erwerb einer Wohnung "vorvertraglich" festlegen. Man nennt sie "Kaufanwartschaftsvertrag"⁴⁾,

-
- 1) An juristisch untechnischen Verwendungen des Wortes VV fehlt es auch nicht; gelegentlich bezeichnet man z. B. in der Presse, gewisse Übereinkünfte aus der internationalen Politik als VV.
 - 2) Diese Erscheinungsform des VV ist m.W. in keiner Abhandlung über den VV in Betracht gezogen worden.
 - 3) Instruktiv ist etwa die Differenzierung zwischen pactum de contrahendo und pactum de negociando (dazu s. DAHM, Völkerrecht, III, S. 67), oder die Situation eines internationalen Abkommens vor der Ratifizierung (dazu s. DAHM, a.a.O., § 11, besonders S. 83, wo die Rede ist von VV) angesichts der Wirkungen einer zivilrechtlichen Einigung vor der Erteilung einer erforderlichen behördlichen oder gerichtlichen Zustimmung.
 - 4) Vgl. HENRICH, S. 176 ; BGH NJW 1969, 1167

"Erwerbsverpflichtungsvertrag"⁵⁾, "HauserwerbsVV"⁶⁾ und dergleichen.

Das durch diese Verträge begründete Rechtsverhältnis wird mit dem Abschluß des endgültigen "Veräußerungsvertrages"⁷⁾ beendet. Bis dahin müssen die Parteien ihren Vertragspflichten nachkommen: der Käufer⁸⁾ muß grundsätzlich den Kaufpreis vertragsgemäß abzahlen und ferner in seinem Gesamtverhalten zeigen, daß er seine Verpflichtungen aus dem Sondereigentumsverhältnis⁹⁾ erfüllen wird. Der Verkäufer¹⁰⁾ muß die Wohnung bzw. das Eigenheim bis zum vereinbarten Termin fertiggestellt haben und dem Käufer übereignen. Rechtlich gebunden ist er aber meistens nicht, weil die erwähnten Vereinbarungen oft privatschriftlich abgefaßt werden, was die Nichtigkeit des Vertrags wegen Formmangels (§ 313 i.V.m. § 125 BGB) zur Folge hat.¹¹⁾ So kann der Verkäufer die Übereignung der Wohnung schlechthin verweigern oder von neuen Bedingungen abhängig machen. Bei solchem Verhalten des Verkäufers liegt die Annahme nahe, daß er mit der Geltendmachung des Formmangels gegen Treu und Glauben handelt.¹²⁾ Für bestimmte Fälle gilt gesetzlicher Kontrahierungszwang¹³⁾.

Die verschiedenen Vereinbarungen zwischen Wohnungsunternehmen und Interessenten enthalten typischerweise nicht bloß eine Verpflichtung zum contrahere. Sie sind auch die Grundlage für die Vorauszahlung, regeln die Finanzierung des Kaufpreises und verweisen ausdrücklich auf den nach anliegendem Muster abzuschließenden Vertrag¹⁴⁾. Gleichzeitig wird oft ein Baubetreuungsvertrag abgeschlossen¹⁵⁾. So reicht

5) Vgl. OLG Stuttgart, MDR 1968, 411

6) Vgl. BGH WM 1965, 674

7) Vgl. § 54 WBG,

8) Im Vertrag bezeichnet als Interessent oder Bewerber

9) Siehe §§ 14 ff WEG

10) Genannt Bauträger oder bloß Träger

11) Zu der neuesten Rechtsprechung vgl. unten § 6 G.

12) Dazu unten § 3 II 7

13) Zweites Wohnungsbaugesetz vom 27.6.1956, § 54 Abs. 1

14) Vgl. die vom Verband Gemeinnütziger Wohnungsunternehmen e.V. herausgegebenen Formulare.

15) Letzterer Vertrag unterliegt auch der Form des § 313 BGB; vgl. WOLF, JZ 1971, 80

die Problematik solcher komplexen Vereinbarungen viel weiter, als jene eines VV, der bloß einen Anspruch auf Abschluß eines anderen Vertrags begründen soll.¹⁶⁾ Wie auch HENRICH¹⁷⁾ bemerkt, sind derartige Verträge "oft definitive Kaufverträge, die lediglich die Auflassung bis zur Zahlung des vollständigen Kaufpreises hinausschieben".

b) Eine andere Gruppe von KaufVV stellen die Vereinbarungen dar, durch die ein Ankaufsrecht¹⁸⁾ begründet wird. Obwohl das Ankaufsrecht schon längst in der Praxis vorkommt, mußte der BGH wiederholt feststellen, daß es noch heute "kein eindeutiger Begriff" ist.¹⁹⁾ Nach der Rechtsprechung ist der VV eine von mehreren Möglichkeiten, das Ankaufsrecht einzuräumen²⁰⁾. Hier handelt es sich wieder um VV zu Grundstückskäufen die nur dem Käufer das Recht gewähren, vom Verkäufer den Abschluß eines bestimmten Kaufvertrags zu verlangen. Oft sind sie mit anderen Verträgen verbunden²¹⁾ und weisen manchmal auch Formprobleme auf (§313)²²⁾.

c) Außer den oben erwähnten Fällen von mehr oder weniger typisierten KaufVV gibt es auch "individuelle" VV zu Kaufverträgen. Beispiel aus der Rechtsprechung:

aa) Der Beklagte wollte ein Filmtheater erbauen und schloß mit dem Inhaber der Klagenden Firma eine als VV bezeichnete Vereinbarung, nach der die Firma für die Lieferung der Gesamteinrichtung in Aussicht genommen wurde²³⁾. Die Abmachung enthielt "allerlei Einzelheiten", jedoch war die Bestimmung der von der Firma zu erbringenden Leistungen (Geräte, Apparaturen etc.) wie auch der Liefertermine und der Zahlungsbedingungen dem späteren "Vertragsschluß" auf Grund eines "Bestellbriefes" vorbehalten. Zum Prozeß kam es,

16) Vgl. etwa H. DIESTER, Die "Rechtsprechung zum Wohnungseigentumsgesetz", 1967, S. 18, 21 f und passim

17) Seite 176

18) Vgl. SIEGELMANN, Das Ankaufsrecht, Allgemeine Immobilienzeitung 1967, S. 218

19) BGH LM § 433 (16) BGB; BGH WM 1966, 781; BGH WM 1968, 249. HENRICH, Seite 299 hält das Ankaufsrecht für ein Optionsrecht. Vgl. BLOMEYER, promesse, S. 298

20) Weitere Formen sind der bedingte Kaufvertrag und das befristete Verkaufsangebot, BGH vorige Ann. Welche Form die Parteien gemeint haben ist vom Tatrichter zu ermitteln, BGH WM 1968, 249 (251).

weil der Beklagte der Firma mitteilte, er wolle eine Einrichtung nur mieten und nicht mehr kaufen, da er zum Kauf nicht das nötige Geld habe. Der Inhaber der Firma hat ihn auf Schadensersatz (Verdienstausfall) verklagt. Beide Instanzen ²⁴⁾ haben die Klage mit der Begründung abgewiesen, es fehle jene Vereinbarung an bindender Wirkung, da die von den Parteien zu erbringenden Leistungen nicht vereinbart worden seien, und weder eine Partei befugt war, sie zu bestimmen, noch der Richter durch Vertragsergänzung sie ermitteln konnte.

- bb) In einem notariellen "VV" haben die Parteien vereinbart, jederzeit auf Verlangen des künftigen Käufers über ein Anwesen samt Inventar einen Kaufvertrag abzuschliessen. Ziffer 3 des VV lautet: "Die näheren Bedingungen des Kaufs bleiben dem abzuschliessenden Kaufvertrag vorbehalten. Der Kaufpreis des Anwesens samt Inventar darf jedoch den Betrag von DM 40.000,-- nicht übersteigen". In Ziffer 4 band sich der Eigentümer für ein Jahr. Der vertragsmässigen Aufforderung des Berechtigten, seine Verpflichtung zu erfüllen, kam er aber nicht nach. Statt dessen hat er Klage erhoben und beantragt, den VV "für nichtig zu erklären" und den Beklagten zur Einwilligung in die Löschung der für ihn eingetragenen Vormerkung zu verurteilen. Der Beklagte hat im Wege der Widerklage Verurteilung des Klägers zur Überlassung des Anwesens gegen Zahlung von DM 40.000,-- und zur Bewilligung der Um-

(24)- Zuletzt: OLG Nürnberg, Urt. v. 17.11.1959, MDR 1960, 308 (= Bayerisches Justizministerialblatt, 1960, 47).

21) z.B. mit einem Pachtvertrag, vgl. RG 169, 185.

22) Vgl. RG, ebda.

23) Im übrigen war der Vertragstext nicht sehr eindeutig.

Schreibung im Grundbuch auf ihn beantragt. In beiden ersten Instanzen wurde die Klage abgewiesen und nach den Anträgen der Widerklage erkannt. dagegen hat das Reichsgericht der Klage stattgegeben und die Widerklage mit der Begründung abgewiesen, dass der "VV" seinem Inhalt nach ungültig sei, da der Kaufpreis durch Festlegung der äussersten Preisgrenze nach oben auf DM 40.000,-- "im Ungewissen gelassen" worden sei. Nach Auffassung des RG entbehrte dieses Abkommen der Eigenschaft des VV und stellte sich als blosser Punktation dar, welche für beide Teile unverbindlich war ²⁵⁾.

- d) Von den Fällen, bei denen zwar die Parteien vom VV gesprochen haben, dieser aber sich als "unwirksam" erwiesen hat, sind die Tatbestände zu unterscheiden, welche nachträglich (besonders erst im Rechtsstreit) erfolglos als VV bezeichnet worden sind. Diese kann man "vermeintliche" VV nennen. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung des BGH ²⁶⁾:

Die aus der Klägerin und ihrem Mitgesellschafter N. bestehende Gesellschaft "H" hat seit 1947 ein zum Truppenübungsplatz W. gehörendes Gelände von nahezu 2 ha gepachtet und in Besitz. Darauf hat sie ein Wohnhaus errichtet, das sie auch gewerblich nutzte. Damaliger Eigentümer und Verpachter war die BRD; sie hat das Gelände inzwischen an die beklagte Gemeinde veräussert. Im Oktober 1950 erbat und erhielt die Klägerin zur Kreditbeschaffung für die Fertigstellung des Hauses von der Beklagten die nachträglich als Zusicherung bezeichnete Erklärung, die

(25)- RG Urt. v. 8.4.1929 RGZ 124, 81.

(26)- BGH Urt. v. 27.9.1968 WM 1968, 1402.

Beklagte sei, falls sie Eigentümerin des Pachtgeländes werden sollte, bereit zur käuflichen Überlassung einer Fläche von etwa 1000 qm., auf denen das Wohnhaus steht. Im Jahr 1962 hat die Beklagte im Hinblick auf anderweitige Bebauungsabsichten (zwei Volksschulen) die Zusicherung zurückgenommen. Auf Grund jener Erklärung begehrte die Klägerin mit der Klage die Verurteilung der Gemeinde zum Verkauf der Teilfläche zu näher bezeichneten Bedingungen. Die Klage blieb ohne Erfolg. In Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht verlangte der BGH für den KaufVV "den erkennbaren beiderseitigen Willen zur vertraglichen Bindung", welcher im vorliegenden Fall jedenfalls auf seiten der Beklagten nicht vorhanden gewesen sei. Jene Erklärung der Beklagten hätte die Klägerin nicht als bindende Verkaufszusage, sondern lediglich als Kundgabe der Bereitschaft zu Kaufverhandlungen auffassen ²⁷⁾ dürfen. Ausserdem fehle es hier sowohl an hinreichender inhaltlicher Bestimmtheit, als auch an der erforderlichen Form (§ 313 BGB).

- e) Schliesslich gibt es Fälle, die sehr ähnlich wie VV gelagert sind und deren Problematik teilen, obgleich sie von keiner Seite als solche bezeichnet werden. Zu nennen ist hier z.B. der Sachverhalt, der einer Entscheidung des BGH vom 27.10.1967 ²⁸⁾ zugrunde lag:

Die Beklagte hat an den Kläger in privatschriftlichem Vertrag vom 20.6.1958 ein Grundstück "verkauft". Sie wurde vom OLG zur Auflassung des Grundstücks verurteilt, weil die Nicht-

(27)- Vgl. das pactum de negociando im Völkerrecht, oben I.

(28)- BGHZ 48, 396.

Anerkennung des Vertrags zu einem für den Kläger schlechthin untragbaren Ergebnis geführt hätte. Die Revision der Beklagten blieb ohne Erfolg²⁹⁾. In diesem Fall stand es fest, dass bei den Parteien die Formbedürftigkeit des Vertrags bekannt gewesen war. Für den Kläger ergibt sich dies unter anderem daraus, dass er die notarielle Beurkundung des Vertrags "angeregt hat". Obwohl Parteien und Gerichte die Vereinbarung als endgültigen Kaufvertrag behandelt haben, weist die Vereinbarung insofern Ähnlichkeiten mit einem VV auf, als sich die Parteien über die Notwendigkeit eines notariellen Kaufvertrags (§ 313 BGB) im Klaren waren; der notarielle Vertrag stünde also zu jener Vereinbarung im Verhältnis von HV zum VV.

2. Fasst man alle diese aktuellen Erscheinungsformen des KaufVV zusammen, so sieht man, dass sie gewisse Merkmale gemeinsam haben: Fast immer geht es um VV zu einem Grundstückkauf³⁰⁾, oder bei allen hängt der Abschluss des HV ab vom Eintritt einer Bedingung³¹⁾.

(29)- Für bedenklich halten diese Entscheidung REINICKE, NJW 1968, 39 (Anm.) und MEDICUS, Bürgerliches Recht, 2. Aufl. 1969, § 8 III 1, S. 71. Dagegen zustimmend DANCKELMANN bei PALANDT, § 125 Anm. 2 b.

(30)- Die einzige Ausnahme bildet der Fall im OLG Nürnberg MDR 1960, 308, wobei sich allerdings der Sachverhalt nicht um einen ungemischten Kauf nach § 433 BGB, sondern vielmehr um einen "Typenverbindungsvertrag" (dazu: FICKENTSCHER, SchR § 65 II 2 S. 372) dreht. Die Firma sollte nämlich neben der Lieferung der Geräte usw. die Ausarbeitung der technischen Pläne durchführen. Das OLG Bremen (Verkehrsrechts-Sammlung, 1952 S. 81) hat als VV eine Vereinbarung bezeichnet, in der sich der Beklagte verpflichtet hat, unter Vorbehalt der späteren Einigung über die Zahlungsbedingungen einen Lastkraftwagen zu bestimmtem Preis zu kaufen. Es ist aber sehr fraglich, ob ein VV hier vorlag (so auch HENRICH, S. 121 Anm. 7).

(31)- S. unten §§ 3 IV, 6 A.

III. VV zu Miet- und Pachtverträgen

1. VV zu einem Mietvertrag oder MietVV ³²⁾ nennt sich der Vertrag, durch den sich die Parteien verpflichten, einen Mietvertrag abzuschliessen. Zu diesen VV gehören folgende Tatbestände:

a) Haben die Parteien bei Verhandlungen über einen Miet- oder Pachtvertrag betreffend ein Grundstück sich über dessen wesentlichen Inhalt verständigt, und ist die schriftliche Beurkundung des Vertrages in Aussicht genommen bzw. gesetzlich geboten, dann kann ein VV geschlossen worden sein, der die Verpflichtung zum Abschluss des vereinbarten (Haupt-)Vertrages begründet ³³⁾. Von Bedeutung sind solche VV, wenn die Dauer des HV über ein Jahr sein soll, denn nach § 566 BGB bedarf letztere der schriftlichen Form. Aus der Rechtsprechung sind nachstehende Beispiele zu nennen, die für die moderne Lehre vom VV ins Gewicht fallen:

aa) Der Beklagte hat zur Errichtung und dem Betrieb einer Ziegelei eine grosse Fläche am 28. Juni 1905 von den Erben W. auf 30 Jahre gepachtet und am 29. Juli 1905 an den Erblasser der Kläger durch schriftlichen Vertrag,

-
- (32)- Vom MietVV ist die sog. Vormiete zu unterscheiden. So wird die Vereinbarung bezeichnet, welche die Befugnis gewährt, unter den gleichen Bedingungen in einen Mietvertrag einzutreten, den der Verpflichtete mit einem anderen geschlossen hat. Das BGB regelt nicht die Vormiete; auf sie sind die Vorschriften über den Vorkauf (§§ 504 ff BGB) entsprechend anzuwenden (vgl. BGH LM § 505 (3) BGB; PALANDT-GRAMM Einf. v. § 535 Anm. 1 c mit weiteren Nachweisen; ROQUETTE, nach § 535 Rdnr. 16 ff; WEIMAR, JR 1967, 456 ff.)
- (33)- Der VV ist nur eine von mehreren Wertungsmöglichkeiten des vorliegenden Grundsachverhaltes. Ausserdem könnten die Verhandlungen als unverbindliche Vorverhandlungen (vgl. §§ 125 Satz 2, 154 Abs. 2 BGB) oder als endgültiger, eventuell für unbestimmte Zeit abgeschlossener (vgl. § 566 Satz 2 BGB) Mietvertrag qualifiziert werden.

aber unter ungünstigen Bedingungen, weiter verpachtet. Es soll sich jedoch noch vor dem Abschluss beider Pachtverträge dem Erblasser der Kläger gegenüber mündlich verpflichtet haben, ihm das Gelände unter denselben Bedingungen weiter zu verpachten, unter denen er sie pachten würde. Zum Abschluss des unterschiedlich abgefassten Vertrags vom 29. Juli 1905 sei es -so der Kläger- deshalb gekommen, weil der Beklagte ihn durch Vorlegung einer falschen Abschrift des Vertrags vom 28. Juni 1905 arglistig getäuscht habe. Das Berufungsgericht sah in der mündlichen Vereinbarung einen VV zu einem langjährigen Pachtvertrag und erklärte ihn für nichtig, da auch dieser der Schriftform nach § 566 BGB bedürfe. Das Reichsgericht ³⁴⁾ bezeichnete die Vereinbarung ebenfalls als VV, hielt sie aber für gültig und rechtswirksam, weil die Form des § 566 BGB nur für den HV gelte.

- bb) Der BGH ³⁵⁾ musste über folgenden Sachverhalt entscheiden: Das Land N. und die Beklagte (eingetragene Genossenschaft) hatten eine formlose Vereinbarung getroffen, nach der der Beklagten Moorgelände zur Abtorfung überlassen wurde. Ein schriftlicher Vertrag sollte später abgeschlossen werden. Der Regierungspräsident des Landes N. übersandte der Beklagten den Entwurf eines langjährigen Pachtvertrages, den sie aber ablehnte. Das Berufungsgericht war der Auffassung, dass zwischen den Beteiligten "höchstens ein VV" bestanden habe, und dass durch die Ablehnung des Entwurfs die Verpflichtung des Landes N. zum Abschluss des HV

(34)- RG Urt. v. 20. Nov. 1914 RGZ 86, 30.

(35)- BGH Urt. v. 21. Jan. 1958 LM § 305 (3) BGB-WM 1958, 491= JZ 1958, 245=Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftsrecht, X (1960) S. 334 mit Anm. POHLE.

"erloschen" sein. Der BGH meinte, die Beklagte habe den Abschluß des HV nicht endgültig abgelehnt, sondern günstigere Bestimmungen erstrebt und daher bleibe die Verpflichtung des Landes N. aus dem VV bestehen. Im übrigen erschien dem BGH fraglich, ob es hier um einen VV und nicht um einen mündlich geschlossenen Pachtvertrag mit Abrede späterer schriftlicher Fixierung gehe.

b) Die Anerkennung von formlosen Vereinbarungen über langjährige Pacht- und Mietverträge als gültige VV durch die Rechtsprechung hat dazu geführt, dass man die Rechtsform des MietVV oft heranzieht, um vagen Beredungen dieser Art Rechtswirksamkeit zu verleihen. Bis zum BGH gelangten folgende Fälle "vermeintlicher MietVV", welche in den Vorinstanzen als gültige Abmachungen betrachtet wurden:

aa) Der Kläger war Mieter eines Ladenlokals, das der Beklagten gehörte. Drei Monate vor Ablauf der Mietzeit kamen die Parteien zu Verhandlungen über den Abschluss eines neuen Mietvertrages. Die Beklagte übersandte dem Kläger den Entwurf des abzuschliessenden Mietvertrags, der aus einem ausgefüllten Formular mit weiteren maschinengeschriebenen "sonstigen Bestimmungen" bestand. Letzterer unterschrieb nur das Formular und leitete es der Beklagten zu, die aber die Räume an einen Dritten vermietete und überliess. Das LG gab der Klage auf Schadensersatz teilweise statt, während das Berufungsgericht sie in vollem Umfang abwies. Der BGH ³⁶⁾ verneinte gemäss § 154 Abs. 2

(36)- Urt. v. 16.4.1969 WM 1969, 919.

BGB das Zustandekommen eines (Haupt-)Mietvertrags und wies die Behauptung der Revision, die Parteien hätten einen mündlichen VV abgeschlossen, mit der Begründung ab, dass der "Kläger keine objektiven Merkmale aufgezeigt hat, die auf einen VV deuten".

- bb) Einer sehr oft zitierten Entscheidung des BGH vom 31.10. 1956 ³⁷⁾ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin hatte Geschäftsräume auf einem Grundstück in Berlin gemietet, an dem der Beklagten ein Niessbrauch zustand. Die Parteien verhandelten über die Vermietung weiterer Räume im gleichen Grundstück und sollen zu einer Einigung gekommen sein. Trotzdem schloss die Beklagte mit einem Dritten einen Mietvertrag über dieselben Räume ab und überliess sie ihm. Das Kammergericht sah in der Einigung zwischen Klägerin und Beklagter einen bindenden VV zu einem Mietvertrag und stellte die Verpflichtung der Beklagten zum Abschluss des HV fest (nach § 256 ZPO). Der BGH ist in prozess- und materialrechtlichen Fragen der Meinung der Revision beigetreten und hat das Urteil aufgehoben: Ein VV sei nicht zustande gekommen, weil die Einigung über alle Vertragspunkte fehlte (§ 154 BGB); die für die Annahme eines VV besonderen erforderlichen Gründe seien weder von der Klägerin behauptet noch vom Kammergericht festgestellt worden ³⁸⁾.

- c) Während in den bis jetzt angeführten Fällen die Parteien beim Vertragsschluss kaum vom VV gesprochen haben, gibt es Vereinbarungen,

(37)- LM § 256 (40) ZPO = WM 1956, 1518.

(38)- Zu bemerken ist hier noch, dass im ersten Rechtszug vom VV keine Rede war, und dass erst nach Ablehnung eines endgültigen Mietvertrags durch das Landesgericht die Klägerin den VV ins Feld geführt hat.

die von den Beteiligten ausdrücklich "VV" genannt worden sind.

Zwei Beispiele:

- aa) Der Beklagte baute auf einem Grundstück Geschäftsräume, von denen die Klägerin ein Ladenlokal mieten wollte. Nach Verhandlungen vom 7. Juli 1959 richtete die Klägerin an den Beklagten am gleichen Tag ein Schreiben, in dem sie die mündlich getroffene Vereinbarung "über die Vermietung eines Ladens bestätigte". In demselben Brief stand der Satz: "Dieses unser heutiges Schreiben gilt als VV". Der Beklagte antwortete mit einem Schreiben vom 30. Juli 1959, in dem er sich mit den Ausführungen der Klägerin "im wesentlichen" einverstanden erklärte und seine Beziehungen zu ihr als "einvernehmliches Vertragsverhältnis" bezeichnete. Später änderte er jedoch seine Meinung und teilte am 24. Nov. 1959 der Klägerin mit, "er nehme von der seinerzeitigen Absprache Abstand". Ausserdem vermietete er die gleichen Geschäftsräume an einen Dritten. Die Klägerin beantragte in ihrer Klage 1. festzustellen, dass am 7. Juli 1959 ein VV über den Abschluss eines Mietvertrags unter den mündlich vereinbarten Bedingungen zustande gekommen ist, und 2. den Beklagten zu verurteilen, einen der mündlichen Absprache vom 7. Juli 1959 entsprechenden, schriftlichen Mietvertrag abzuschliessen. Das LG hat nach diesen Anträgen erkannt; das OLG wies die Berufung des Beklagten zurück und die Revision des Beklagten hatte keinen Erfolg ³⁹⁾.

(39)- BGH Urt. v. 14.6.1961 WM 1961, 1053.

bb) Der Beklagte wohnte seit dem Spätsommer 1956 in einer 3 1/2-Zimmerwohnung, die ihm die Klägerin, ein Wohnungsbaunternehmen, gegen eine "Nutzungsentschädigung" und nach Zahlung eines Aufbaudarlehens überlassen hatte. Vor dem Einzug schlossen die Parteien einen "VV zum Mietvertrag". Im Herbst 1957 übersandte die Klägerin dem Beklagten den Entwurf eines Mietvertrages, der aber vom Beklagten abgelehnt wurde, weil er ihm "unzumutbare" Bestimmungen enthielt. Das Gericht ⁴⁰⁾ hat die Klage des Wohnungsbaunternehmens auf Herausgabe der Wohnung abgewiesen, weil auch ein VV zum Mietvertrag dem Mieter grundsätzlich das Recht zum Besitz gebe ^{40a)}.

2. Aus diesen Beispielen von VV zu Miet- und Pachtverträgen lässt sich feststellen, dass es meistens um mündliche Vereinbarungen über langjährige Mietverträge geht, welche nach der Rechtsprechung und grossem Teil der Lehre trotz der Formbestimmung in § 566 BGB rechtsverbindlich sind. In der Mehrzahl der Fälle haben die Parteien beim Vertragsschluss kaum von einem VV geredet und erst im Rechtsstreit werden diese Abmachungen als VV qualifiziert. Schliesslich enthalten diese VV bloss einige Punkte oder den Rahmen des abzuschliessenden HV, so dass sich oft die Frage stellt, ob die offen gelassenen Punkte durch Vertragsergänzung auszufüllen sind oder ob die Absprache wegen Einigungsmangels (§ 154 Abs. 1 BGB) hinfällig ist.

(40)- LG Itzehoe Urt. v. 4.12.1958, Schleswig-Holsteinische Anzeigen, 1960, 89.

(40a)- Dazu unten §§ 3 IV, 6 K

IV. VV zu Gesellschaftsverträgen

1. In Zusammenhang mit bürgerrechtlichen und Handelsgesellschaften werden mehrere VVstatbestände erwähnt, welche sich wie folgt klassifizieren lassen:

a) Verpflichten sich die Parteien, eine Gesellschaft zu errichten, so liegt eine Vereinbarung vor, die man oft VV nennt ⁴¹⁾.

Ein solcher VV begründet für die Vertragsschliessenden die schuldrechtliche Verpflichtung zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages ⁴²⁾. Da im Gesellschaftsvertrag eine beachtliche Anzahl von Vertragspunkten geregelt sein muss, ergeben sich Probleme, wenn im VV nur einige Punkte bestimmt worden und andere offengelassen sind. Gewiss hat die blossе Absprache "wir wollen ein Unternehmen gründen" keine bindende Wirkung ⁴³⁾. Wird aber der Inhalt des abzuschliessenden Vertrags teilweise festgelegt, dann fragt es sich, ob die dispositiven Vorschriften eingreifen ⁴⁴⁾, oder ob der Richter die Vertragslücken rechtsgestaltend ausfüllen kann, oder ob schliesslich die Vereinbarung nach § 154 Abs. 1 BGB rechtlich unverbindlich ist. Hier ist zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften zu unterscheiden:

aa) Im Jahre 1938 hatte das RG ⁴⁵⁾ über folgenden Fall zu entscheiden: Die Parteien hatten mehrmals gemeinschaftlich Steinmetzarbeiten ausgeführt. Mit Schreiben vom 10.4.1935 bewarben sie sich auch gemeinschaftlich um die Steinmetzarbeiten für den Erweiterungsbau der Reichsbank und erklärten, dass alle drei (die Klägerin und die zwei Beklagten)

(41)- Im gemeinen Recht "pactum de ineundo societate"; vgl. v. STEIGER, Pactum de ineundo societate (Vorgründungsvertrag), Die schweizerische Aktiengesellschaft, 30 (1957/58), S. 174 ff.

(42)- OLG Koblenz, MDR 1959, 130 (131).

(43)- FIKENTSCHER, SchR, § 23 I 4 b, S. 94.

(44)- Z.B. §§ 706 ff BGB, 121 f HGB.

(45)- RG JW 1938, 2740 = SeuffA 92, 328.

sich zur Durchführung des Auftrages zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammenschließen. Die Reichsbank ging auf das Angebot ein, verlangte jedoch, daß die Klägerin aus der Arbeitsgemeinschaft ausscheide. Daraufhin ließ die Klägerin dem Beklagten zu 2 ein zur Vorlage an die Reichsbank bestimmtes Schreiben vom 20.5.1931 zugehen, in dem sie ihr Ausscheiden erklärte. In einem beigelegten Schreiben betonte sie aber, daß das erste Schreiben nur gegenüber der Bauverwaltung bzw. der Bauherrin gelte und daß dadurch ihre Arbeitsgemeinschaft als "inneres Verhältnis" rechtlich nicht berührt werde. Abschriften dieser Schreiben übermante die Klägerin später auch dem Beklagten zu 1. Nach weiteren Verhandlungen bekam nur der Beklagte zu 2 den Auftrag, allerdings mit der Verpflichtung, daß er zwei Drittel der Arbeiten dem Beklagten zu 1 als "Nebenunternehmer" überträgt und andere Firmen als "Subunternehmer" beschäftigt. Trotz wiederholter Aufforderungen wurde die Klägerin nicht zur Erfüllung des Auftrages herangezogen. In ihrer Klage behauptete sie, daß ein Gesellschaftsvertrag zur gemeinsamen Ausführung der Steinmetzarbeiten zustande gekommen sei, aufgrund dessen die Beklagten verpflichtet seien, ihr ein Drittel des Gewinns abzugeben. Während Land- und Berufungsgericht den Abschluß dieses Vertrags verneinten, war das Reichsgericht der Auffassung, daß zwar kein bedingter Gesellschafts (Haupt-) Vertrag, wohl aber ein VV könnte zustande gekommen sein. Was die Parteien vereinbart hatten, sei ein VV "in doppelter Hinsicht", d.H., durch ihn hätten sich die Parteien verpflichtet, sich gemeinsam um die Erlangung des Auftrages zu bemühen und danach einen Gesellschaftsvertrag abzuschließen. Obwohl der Inhalt der Hv nicht direkt dem dem VV entnommen werden könnte,

sei sein "vermutlicher Inhalt nach Massgabe § 287 ZPO zu ermitteln".

Mit Hinweis auf dieses Urteil hat der BGH in einer oft zitierten Entscheidung ⁴⁶⁾ eine Vereinbarung über eine Kommanditgesellschaft für einen wirksamen VV gehalten. Der Sachverhalt ist leider zu lückenhaft abgedruckt, um einwandfrei bestimmt werden zu können. Die Revision hat jedenfalls geltend gemacht, die Abmachung sei mangels hinreichender Bestimmtheit nichtig; die Parteien hätten sich weder über die Firma der vorgesehenen Gesellschaft noch über die Übernahme von "Verbindlichkeiten Dritter" durch den Beklagten geeinigt. In Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht meinte der BGH, die Vereinbarung sei trotzdem rechtsverbindlich, weil die wesentlichen Punkte des abzuschliessenden Vertrages im VV bestimmt wurden.

bb) Bei Kapitalgesellschaften weist der VV einige Besonderheiten auf, denn Form und Eintragung des Gesellschaftsvertrags haben hier konstitutiven Charakter und das Gesetz regelt in Details mehrere Fragen des Gründungsverfahrens.

aaa) Von der heute nicht mehr geltenden Stufengründung einer Aktiengesellschaft unterscheidet sich der VV, durch den sich mehrere Personen zur Gründung einer AG verpflichten. Diesen VV hält man noch für zulässig, vorausgesetzt, dass er formgerecht abgeschlossen worden ist, und dass sich aus ihm der Inhalt des HV bestimmen lässt ⁴⁷⁾.

bbb) Die Gültigkeit eines VV auf Gründung einer GmbH war schon Anfang des Jahrhunderts anerkannt ⁴⁸⁾. In einem Urteil des RG ⁴⁹⁾ vom

(46)- Ur. v. 17.12.1952, LM § 705 (3) BGB = DB 1953, 124.

(47)- BAUMBACH-HUECK, AktG-Komm. 13. Aufl. 1968, § 23 Bem. 18.

(48)- Muster eines solchen VV siehe bei HEYMANNs Formular-Kommentar 20. Aufl. 1958, Teil I S. 449 ff.

(49)- RGZ, 66, 116.

8.5.1907 ging es um folgenden Sachverhalt: Durch notarielles Testament setzte der Inhaber einer Firma seine sieben Kinder zu Erben ein und emannte drei Personen zu Testamentvollstreckern. In einem ebenfalls notariellen Vertrag zwischen Erben und Testamentvollstreckern wurde nach seinem Tode vereinbart, dass die vererbte Firma mit Wirkung vom 1.1.1905 in eine GmbH verwandelt werden solle, sobald die per 31.12. 1904 zu errichtende Bilanz fertiggestellt sei. Diesem Vertrag fügten die Parteien einen detaillierten Entwurf des Gründungsvertrages für die GmbH bei. Nach Aufstellung der Bilanz weigerte sich ein Erbe, den Gesellschaftsvertrag notariell zu vollziehen, er wurde deshalb von den anderen Beteiligten verklagt, seine Zustimmung in der erforderlichen Form abzugeben. Das Landgericht erkannte nach dem Klageantrag. Berufung und Revision des Beklagten hatten keinen Erfolg. Entgegen der Meinung der Revision blieb das RG bei der Qualifikation des fraglichen Vertrages als rechtverbindlichen VV zur Gründung einer GmbH.

b) VV auf Erweiterung einer Gesellschaft.

- aa) Kein Vorgründungsvertrag ist der VV zu einem Aufnahmevertrag in Personengesellschaft, da der Eintritt eines neuen Gesellschafters nicht die Gründung einer neuen Gesellschaft bedeutet⁵⁰⁾. Auf Grund dieses VV kann auf Aufnahme in die Gesellschaft geklagt werden⁵¹⁾. Neuerdings musste der BGH über zwei solche VV entscheiden. Im ersten Fall hatten die Parteien einen "VV" vom 17.10.1950 vereinbart, dass der Kläger

(50)- Vgl. HUECK, OHG S. 283 ff.; SUDHOFF, Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, 3. Aufl. 1967, S. 249; RG 128, 276,

(51)- SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 105 Bem. 60.

zum 1.1.1952 in die Firma der Beklagten eintreten sollte. Der Gesellschaftsvertrag war zum 31.12.1955 kündbar; Pflichten und Rechte des künftigen Gesellschafters wurden ausführlich geregelt. Zur Aufnahme des Klägers kam es nicht. Mit seiner Klage machte er verschiedene Schadensersatzansprüche geltend. Land- und Oberlandesgericht erkannten grösstenteils gemäss dem Klagantrag; die Revision des Beklagten blieb ohne Erfolg. Bei Berechnung des Abfindungsguthabens hat das OLG stille Reserven berücksichtigt, obwohl der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag es anders bestimmte. Die Revision beanstandete die im VV ausdrücklich vorgesehene Abweichung. Mit Hinweis auf den "Sinn und Zweck des VV" meinte der BGH⁽⁵²⁾, die Abfindung des Klägers sei bereits im VV endgültig vereinbart.

Im zweiten Fall hat der BGH⁵³⁾ das Zustandekommen eines VV zu einem Aufnahmevertrag verneint. Die Gesellschaftsversammlung beschloss am 5.7.1961, dass der Kläger auf Grund noch auszuarbeitender Verträge in die KG als persönlich haftender Gesellschafter mit Wirkung vom 1.1.1962 eintreten sollte. Nachdem die Parteien einige Entwürfe der "Ergänzungsverträge" beredet hatten, wurden die Verhandlungen wegen Meinungsverschiedenheiten abgebrochen. Zur Behauptung des Klägers, mit dem ihm mitgeteilten Beschluss vom 5.7.1961 sei ein VV zustande gekommen, sagte der BGH, fehlgeschlagene Verhandlungen über den Abschluss eines HV liessen sich niemals in einen VV "umdeuten".

(52) - Urf. v. 25.4.1963 WM 1963, 864.

(53) - Urf. v. 25.4.1966 WM 1966, 737.

bb) Dem Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Personalgesellschaft

entspricht die Zeichnung von neuen Aktien (§ 185 AktG) bzw. die Kapitalerhöhung (§ 55 GmbHG) bei den Kapitalgesellschaften. Auch hier werden VV erwähnt: durch VV kann man sich verpflichten, neue Aktien einer AG zu zeichnen⁵⁴⁾ oder eine Stammeinlage bei Erhöhung des Kapitals einer GmbH zu übernehmen.⁵⁵⁾

c) Endlich finden sich auch in endgültigen Gesellschaftsverträgen Bestimmungen, welche eine Verpflichtung zum contrahere enthalten. So können die Parteien bestimmen, dass unter gewissen Bedingungen ein Gesellschafter die Änderung der Gesellschaftsform⁵⁶⁾ oder die Veräußerung von Anteilen anderer an ihn verlangen kann. In Personalgesellschaftsverträgen kann die Pflicht übernommen werden, dem Eintritt eines neuen oder dem Ausscheiden eines ursprünglichen Gesellschafters zuzustimmen.

2. Die Bezeichnung des Vorgründungsvertrages als VV zu einem Gesellschaftsvertrag hebt nur einen Aspekt dieser Vereinbarung hervor, nämlich die Verpflichtung der Parteien zum Abschluss des vorgesehenen Gesellschaftsvertrages. Dieser hat aber mehrere Wirkungen: durch ihn entsteht die sog. Vorgründungsgesellschaft⁵⁷⁾, die ihrerseits Rechte und Pflichten nicht nur unter den Beteiligten, sondern auch gegenüber Dritten erzeugt. In solchen Fällen ist der VV ein obligatorischer Vertrag und gleichzeitig ein "Konstitutivakt"⁵⁸⁾.

(54)- HENRICH, S. 145 f.; vgl. auch BAUMBACH-HUECK, AktG-Komm. § 185 Anm 3.

(55)- HACHENBURG-SCHILLING, GmbHG-Komm. § 55 Anm. 22/23; SCHOLZ, GmbHG-Komm., Anm. 5, § 55; HENRICH, S. 145 f.

(56)- Vgl. den Sachverhalt in BGH v. 5.5.1969, NJW 1969, 1856: Im notariellen Gesellschaftsvertrag für eine KG war vorgesehen, dass Gesellschafter, die mindestens 20 0/0 des Kapitals vertreten, unter weiteren Voraussetzungen den Abschluss eines im einzelnen festgelegten Vertrags über eine GmbH verlangen können.

V. Weitere Fälle aus der Rechtsprechung und Lehre.

1. Die genannten drei VVstypen kommen in der Praxis am häufigsten vor, sind aber nicht die einzigen. Rechtsprechung und Lehre erwähnen VV zu weiteren HV, und die Entwicklung zeigt, dass immer neue Tatbestände mit dem Namen des VV verknüpft werden. Bei der Anführung dieser VV sollte man auch die Fälle berücksichtigen, die sich als vermeintliche VV erwiesen haben.

2. VVstatbestände aus der Materie des allgemeinen Teils des BGB.

- a) ROTH⁵⁹⁾ hält einen VV zur Errichtung einer Stiftung für zulässig; in der Praxis ist jedoch ein solcher VV nicht zu finden⁶⁰⁾.
- b) In Zusammenhang mit dem Scheingeschäft hat man einen VV konstruiert, durch den sich die Parteien verpflichten sollen, anstelle des simulierten das dissimulierte Rechtsgeschäft gelten zu lassen⁶¹⁾. Offensichtlich kann diese Konstruktion keine praktische Bedeutung haben, weil es keine Klage auf Abschluss des nichtigen (§ 117, 1 BGB) Scheingeschäfts geben kann.

(57)- Rechtsnatur und Verhältnis dieser Gesellschaft zu der in Aussicht genommenen sind umstritten. Bei der AG bildet die Vorgründungsgesellschaft eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts; vgl. BAUMANN-HUECK, AktG-Komm § 23 Anm 18; BAUMBACH-DUDEN, HGB-Komm. § 105 Anm 2 c; ESSER, SchR, II, S. 274; FIKENTSCHER, SchR § 88 I 6 S. 544.

(58)- Vgl. HENRICH, S. 160; LARENZ, SchR II, § 56 I c S. 288 f; LARENZ, AllgT § 16 I a 1 S. 180 f.

(59)- S. 232, 288.

(60)- BRÜGGEMANN, S. 204 Sp. 2, meint, diese Vereinbarung wäre ein obligatorischer Vertrag zur Errichtung der Stiftung.

(61)- So BÜSSE, das Scheingeschäft, Diss. Erlangen 1935, S. 7 f, der dagegen keinen VV annimmt, wenn die Parteien bloss das Scheingeschäft und kein verdecktes Geschäft gewollt haben. KALLIMOPOULOS, Die Simulation im Bürgerlichen Recht (1966), S. 43, Anm. 132, meint, die Annahme dieses VV im ersten Fall wäre nur dann stichhaltig, wenn simuliertes und verdecktes Rechtsgeschäft nicht gleichzeitig vorgenommen werden. Vgl. das sog. "contractus de simulando".

(62)- ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 157 III Anm. 11, S. 972.

- c) Bei vereinbarter Form für ein Rechtsgeschäft hat ihre Vernachlässigung im Zweifel die Nichtigkeit des Geschäfts zur Folge, § 125 Satz 2, 154 Abs. 2 BGB. Im Zweifel sind die vor der Erfüllung der Form abgegebenen Willenserklärungen nicht bindend. In solchen Fällen ist es allerdings denkbar⁶²⁾, dass ein bindender VV beabsichtigt ist, aus dem auf Abschluss des Geschäftes in der vereinbarten Form geklagt werden kann⁶³⁾. Nach HENRICH⁶⁴⁾ ist die Formvereinbarung meist Bestandteil eines VV, welcher nicht nur die Form, sondern auch den Inhalt des HV fixiert, denn "die nackte vertragliche Vereinbarung dürfte in der Praxis kaum vorkommen"⁶⁵⁾.
- d) Erklärt ein Gesetz bestimmte Verpflichtungsgeschäfte für nichtig (vgl. § 134 BGB), so können die Parteien nicht ein solches Geschäft unter der Bedingung abschließen, dass das Gesetz "demnächst aufgehoben wird"⁶⁶⁾.

(62)- ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 157 III Anm. 11, S. 972.

(63)- So auch im Ergebnis der BGH: "Es ist vielmehr eine Frage der Auslegung, ob sich das vereinbarte Formerfordernis nach dem Willen der Vertragsparteien auch auf den VV erstrecken oder nur für den HV gelten soll", Urt. v. 3.6.1958 LM 154 (4) BGB.

(64)- S. 190 f.

(65)- Dazu unten § 3 II, 6 I

(66)- BRÜGGEMANN, S. 204 Sp. 2. Der BGH wendet § 308 Abs. 1, 309 BGB auf die Fälle an, in denen der Wegfall des Verbots "ins Auge gefasst und die Leistung für die Zeit nach dem Wegfall des Verbots vorgesehen worden ist", LM § 134 (7) BGB; zustimmend FLUME, § 17, 4 S. 350. Dahingestellt bleibt, ob dieses auch nur stillschweigend "ins-Auge-gefasst-haben" eine Bedingung (vgl. § 308 Abs. II 1) sein kann. Siehe ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 201 I Anm. 1 S. 1208; ENNECCERUS-LEHMANN, § 29 II 4 Anm. 3 S. 135; MOTIVE I, 265 ff; STAUDINGER-COING, Vorb. I b vor § 158.

Dagegen hält man für zulässig einen VV des Inhalts, dass der zur Zeit noch verbotene Vertrag "als ein abzuschliessender verbindlich geplant wird für den Fall, dass das gesetzliche Nichtigkeitshindernis demnächst wegfallen werde"⁶⁷⁾. Bei genehmigungsbedürftigen Verträgen (vgl.

§ 31 AWG) ist ein VV gültig, durch den sich die Parteien verpflichten, die Genehmigung zu beantragen und nach Erteilung den HV abzuschliessen⁶⁸⁾.

e) Es ist umstritten, ob ein nichtiges Rechtsgeschäft durch Konversion (§ 140 BGB) als gültiger VV aufrechterhalten werden kann⁶⁹⁾. Die h.M. lehnt die Möglichkeit einer Umdeutung in diesem Fall ab⁷⁰⁾.

3. VV zu geregelten Verträgen des Schuldrechts.

a) Die Aufrechnung erfolgt entweder durch einseitige Aufrechnungserklärung kraft Gesetzes (§§ 387 ff BGB) oder durch einen Aufrechnungsvertrag⁷¹⁾.

Der im BGB nicht geregelte Aufrechnungsvertrag bewirkt unmittelbar die Aufhebung der gegenübergestellten Forderungen, soweit sie sich decken⁷²⁾. Man unterscheidet hier den Aufrechnungsvertrag von dem (schuldrechtlichen) Aufrechnungsvertrag, der z.B. neben einer Stundungsabrede in der Begründung des

(67)- So BRÜGGEMANN, ebenda; in diesem Sinn wohl auch STAUDINGER-WEBER, (11. Aufl.) Vorb zu §§ 244, 245 BGB Anm. 393.

(68)- BGH Urt. v. 25.1.1955 LM § 134 (16) BGB LM § 242 (Ba 10) BGB; vgl. STAUDINGER-WEBER, aaO, Anm. 398.

(69)- Vom nichtigen Rechtsgeschäft sind die fehlgeschlagenen Verhandlungen zu unterscheiden, welche sich niemals in einen VV umdeuten lassen, BGH WM 1966, 737.

(70)- So DEGENGOLB, S. 33; ROTH, S. 328; HENRICH, S. 168. Anderer Ansicht anscheinend LEVINSOHN, S. 63; NIPPERDEY hält die Umdeutung formnichtiger Tarifvereinbarungen in einen mündlichen VV zum Abschluss eines Tarifvertrages für zulässig, HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl. 1967, Bd. II, 1 Hlbd, § 21 I h S. 456; zustimmend NIKISCH, Arbeitsrecht, Bd. II S. 284.

(71)- PALANDT-DANCKELMANN, § 387 Anm. 1.

(72)- PALANDT-DANCKELMANN, ebenda. Streitig ist die Rechtsnatur dieses Vertrages, vgl. BLOMEYER, SchR § 40 I 1 S. 240.

schliessenden können ein Darlehen sowohl als Real- als auch als Konsensualdarlehen vereinbaren⁸⁷⁾. Man kann sogar VV zu beiden Formen des Darlehensvertrags abschliessen⁸⁸⁾.

Dementsprechend ist es weiter umstritten, ob das Darlehensversprechen (§ 610 BGB)⁸⁹⁾ einen VV zu einem Darlehensvertrag darstellt⁹⁰⁾. In zwei neueren Entscheidungen hat der BGH die Darlehens- bzw. Kreditzusage als Darlehens-VV qualifiziert. Im ersten Fall⁹¹⁾ hat die Klägerin sich bereiterklärt, dem Beklagten ein verzinsliches Darlehen gegen hypothekarische Sicherung zu gewähren. Der Beklagte nahm das Angebot der Klägerin schriftlich an. Zur Errichtung der vorgesehenen Schuldurkunde kam es aber nicht. Die Klägerin verlangte in ihrem Antrag Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Abnahmeverpflichtung. Das LG wies die Klage ab, während das OLG die Vereinbarung als bindenden VV bezeichnete, welcher beide Parteien verpflichtet. Der BGH

(87)- ESSER, SchR II S. 209; BLOMEYER SchR § 20 III S. 95 ff; LARENZ, SchR I § 6 I S. 69, SchR II § 47 II S. 192 f.; vgl. FIKENTSCHER, SchR § 12 (S. 47 f) 77 (S. 475). Für ein endgültiges Konsensualdarlehen auch LG Hamburg MDR 1963, 499.

(88)- So FIKENTSCHER, SchR § 77 Id S. 476; BLOMEYER SchR § 20 III 3 S. 99: ein besonders törichter Parteiwille könnte einen echten VV zum Darlehensvertrag erreichen. Nach SERICK, II S. 357, kann das Darlehensversprechen auf Abschluss eines Hand- oder eines Versprechensdarlehens gerichtet sein.

(89)- Vom Darlehensversprechen ist das Versprechensdarlehen zu unterscheiden. Letzteres ist mit dem (beiderseitigen) Konsensualdarlehen identisch, während beim ersteren grundsätzlich nur der Versprechende gebunden ist. Die Terminologie schwankt: SERICK, der die Unterscheidung macht, betrachtet das Darlehensversprechen als einen VV (II S. 357); dagegen versteht FIKENTSCHER unter Darlehensversprechen auch das Konsensualdarlehen, SchR § 77 I 3 b S. 475.

(90)- Siehe den Meinungsstand bei HENRICH, S. 78 f. ESSER, SchR II, S. 209, meint, die Annahme eines VV werde der Wirklichkeit des modernen Kreditverkehrs nicht gerecht.

(91)- BGH Urf. v. 30.10.1061 WM 1962, 114 = DNotZ 1963, 35.

ist der Meinung des OLG beigetreten und hat den Satz aufgestellt, durch die Annahme der Darlehenszusage eines Kreditinstituts komme in der Regel ein ~~zweifelhaft~~ bindender VV ~~zustande~~. Im zweiten Fall ⁹²⁾ hatte der klagende Finanzmakler von der Beklagten den Auftrag erhalten, ihr einen Kredit über etwa zwei Millionen DM zu beschaffen. Mit Hilfe des Klägers wurden der Beklagten von einer Hypothekenbank verschiedene Beträge unter Sicherungsbedingungen bereitgestellt. Die Beklagte nahm aber nur einen Teil davon in Anspruch, da sie die vorgesehene Ausfallbürgschaft des Landes X nicht erlangen konnte. Der Kläger machte Ansprüche auf Provisionen für die zugesagte Summe geltend, während die Beklagte meinte, die Vereinbarung mit Bank sei aufschiebend bedingt getroffen und der Ausfall der Bedingung (Nichtbeschaffung der Sicherheiten) habe nach § 652 Abs. 1 Satz 2 BGB die Folge, dass kein Anspruch auf Provision besteht. Der BGH hat in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht festgestellt, dass zwischen der Bank und der Beklagten ein DarlehensVV ohne aufschiebende Bedingung abgeschlossen wurde ⁹³⁾.

Schliesslich ist auch strittig, ob der Krediteröffnungsvertrag ein VV ist ⁹⁴⁾.

e) Während man im Schrifttum noch heute den VV zu einem Werkvertrag erwähnt ⁹⁵⁾, ist dieser in der Praxis seit langem nicht mehr erschienen. Über einen solchen VV hat das OLG Karlsruhe in einem Urteil vom 22. Januar 1901 ⁹⁶⁾ entschieden. Der VV wurde allerdings wegen nicht genügender Be-

(92)- BGH Urt. v. 24.9.1962 WM 1962, 1264.

(93)- Nach der Rechtsprechung des RG sei ein solcher DarlehensVV ein vollwirksamer gegenseitiger Vertrag, RG JW 1901, 309; SeuffA 87, Nr. 173.

(94)- Bejahend SERICK, II, S. 357; ablehnend ESSER, SchR II, S. 210.

(95)- HENRICH, S. 146.

(96)- OLGE 2 (1901) Nr. 99 S. 178 ff.

stimmtheit für ungültig erklärt; er enthielt keine Anhaltspunkte, nach denen die Art des Baues und die Höhe der Vergütung näher bestimmt werden konnten.

f) In einem Urteil des RG aus dem Jahre 1907⁹⁷⁾ ging es um eine als VV zu einer Leibrente bezeichneten Vereinbarung. Das RG war der Meinung, dass dieser VV der Schriftform bedarf, wie der HV nach § 761 BGB⁹⁸⁾.

g) Auch zum Bürgerlichkeitsvertrag wird im Schrifttum ein VV zugelassen, der allerdings der Schriftform bedarf, wie der HV (§ 766 BGB)⁹⁹⁾.

h) Vom VV zu einem Vergleich handelt eine neuere Entscheidung des BGH¹⁰⁰⁾.

Die Parteien hatten am 4.9.1950 einen Lizenzvertrag abgeschlossen. Die seit Jahren bestehenden Streitigkeiten über diesen Vertrag wollten sie in der Weise regeln, wie es in einer schriftlichen Vereinbarung vom 3.9.1958 vorgesehen war. An diesem Tag hatten die Parteien -so das Berufungsgericht- "durch Worte und den Handschlag, mit denen sie die Besprechungen beendeten, zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht ohne Einigung auseinandergehen, sondern sich damit fest binden wollten." Der vom Kläger ins Stenogramm diktierte (Vergleichs-)Vertrag war nicht sofort als endgültiger Vertrag abgeschlossen, weil der Geschäftsführer der beklagten Firma den Vertrag vorher seinem Anwalt zeigen wollte. Damit konnte er "gewählte Formulierungen, deren Ausmass er ohne anwaltliche Beratung nicht habe erkennen können, unter Beibehaltung der wirtschaftlichen Bedeutung abändern." Aus diesen Vorgängen schloss der BGH in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht, dass ein VV zustandegekommen sei. Er hob jedoch das Berufungsurteil auf, weil bei der Feststellung des Inhalts des VV die inzwischen eingetretenen Veränderungen

(97)- RGZ 67, 204.

(98)- Anderer Ansicht BLOMEYER SchR § 20 I 3 a S. 94.

(99)- HENRICH, S. 155.

(100)- Ur. v. 8.6.1962 NJW 1962, 1812 = LM § 145 (9) BGH.

der "tatsächlichen Verhältnisse" nicht berücksichtigt worden waren.

i) Das RG hatte früher über die Form eines VV auf Abgabe eines Schuldversprechens bzw. eines Schuldanerkenntnisses zu entscheiden¹⁰¹⁾. Während in der Lehre diese Erscheinungsform des VV noch erwähnt wird¹⁰²⁾, zieht man in der Praxis einen solchen VV kaum noch heran.

j) Angesichts der geringen Bedeutung der bürgerlich-rechtlichen Anweisung (§§ 783 ff BGB) für das Wirtschaftsleben¹⁰³⁾ dürfte der im Schrifttum erwähnte (Vor-)Vertrag auf Annahme einer Anweisung¹⁰⁴⁾ selten vorkommen.

4. VV auf Abschluss von sachen-, familien- und erbrechtlichen Verträgen.

VV sind nach der h.L. obligatorische Verträge, in welchen die Verpflichtung zum Abschluss eines weiteren obligatorischen Vertrags begründet wird. Diese Definition schliesst aus:

- a) etwaige VV zu sachenrechtlichen (dinglichen) Verträgen¹⁰⁵⁾, anders "sachenrechtliche VV"¹⁰⁶⁾
- b) VV zu familienrechtlichen Verträgen¹⁰⁷⁾ und
- c) erbrechtliche VV¹⁰⁸⁾.

(101)- RG JW 1902, 383.

(102)- ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 162 IV Anm. 32 S. 998; BLOMEYER Schr § 20 I 3 a S. 94; HENRICH, S. 155 f.

(103)- ESSER, Schr II § 88 I 2 S. 229.

(104)- BLOMEYER, Schr § 20 II 3 a S. 94.

(105)- Der "dingliche Vertrag" wird im BGB nicht erwähnt. Stattdessen ist von der "Einigung" die Rede, vgl. §§ 873, 929 BGB.

(106)- Vgl. BRÜGGEMANN, S. 204 Sp. 1; BLOMEYER Schr § 18 III 1. Anm. 6 S. 76

(107)- Früher hielt man das Verlöbnis für einen VV zum "HV" der Eheschliessung, s. unten § 3. Heute wird auch die Zulässigkeit eines bindenden VV auf Abschluss eines Adoptionsvertrages verneint, GERNHUBER, FamR § 62 I 4 S. 666.

(108)- In Frage käme ein VV zu dem verbotenen Vertrag des § 2302 BGB (Schutz der Testierfreiheit), vgl. BRÜGGEMANN, S. 204 Sp. 1; ferner ein VV auf einen Erbverzächt (§§ 234 ff BGB). Der Erbverzächt ist ein erbrechtliches, abstraktes Verfügungsgeschäft (PALANDT-KEIDEL, Überbl. vor § 2346 Anm. 1). Der von HENRICH, S. 155, erwähnte VV könnte bloss das eventuell dem Erbverzächt zu Grunde liegende Ver-

5. VV zu atypischen und ausserhalb des BGB geregelten Verträgen.

a) Unter einem Tankstellenvertrag versteht man den atypischen Vertrag, durch den sich der Tankstelleninhaber verpflichtet, Benzin und sonstige Stoffe unter festgelegten Bedingungen von einer Treibstoffirma zu beziehen ¹⁰⁹⁾. In einer Entscheidung des BGH vom 25.5.1961 ¹¹⁰⁾ ging es um die Beurteilung eines VV zu einem solchen Tankstellenvertrag. Die Parteien hatten vereinbart, dass die klagende Treibstoffirma dem Beklagten eine Tankstelle errichten solle, und dass der endgültige Tankstellenvertrag abgeschlossen werde, sobald die erforderlichen behördlichen Genehmigungen vorlägen. Der Inhalt des abzuschliessenden Vertrags wurde grundsätzlich mit Verweis auf die für die Branche massgebenden Bedingungen bestimmt. Die Vertragsdauer war jedoch einer späteren Vereinbarung vorbehalten. Das LG und das OLG hielten den VV für unwirksam nach § 154 Abs. I BGB. Dagegen meinte der BGH, der von den Parteien bewusst offengelassene Punkt über die Vertragsdauer könne im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung unter Berücksichtigung von "wirtschaftlichen Gesichtspunkten" festgelegt werden, und daher sei der VV eine rechtsverbindliche Vereinbarung.

(108)- (Fortsetzung)

pfllichtungsgeschäft sein (zum letzteren: LANGE, der entgeltliche Erbverzicht, Festschrift für NOTTARP (1961) S. 199 ff.). Diese Gedanken gelten auch für den Vertrag des § 2033 BGB (Verfügung des Miterben über seinen Anteil). Schliesslich ist der Erbschafts Kauf (§§ 2371 ff BGB) ein Kauf im Sinne der §§ 433 ff BGB (PALANDT-KEIDEL, Überbl. vor § 2371 Anm. 1), so dass ein VV nach Massgaben des Kaufrechts zulässig sein kann (vgl. BLOMEYER SchR § 20 I 3 b S. 94; HENRICH, S. 155).

(109)- Als Vertragsart ist der Tankstellenvertrag bisher wenig behandelt worden; s. die Literatur bei PALANDT-GRAMM § 624, Anm. 1.

(110)- WM 1961 1052.

b) Den "allgemeinen Darlehens- und Bierlieferungsvertrag" ordnet man in die Vertragsverbindungen ein, d.h. in die Verträge, bei denen mehrere Verträge nebeneinander bestehen ¹¹¹⁾. Über einen VV zu einem solchen Vertrag hatte das schleswig-holsteinische OLG ¹¹²⁾ zu entscheiden: Der beklagte Gastwirt hatte einen formularmässigen Antrag "auf Gewährung eines Darlehens zu den Bedingungen des allgemeinen Darlehens- und Bierlieferungsvertrages" gestellt. Im Antrag stand unter anderem: "... Bei Annahme des Antrags durch die Brauerei ... wird der Antragstellende einen Darlehens- und Bierlieferungsvertrag nach dem allgemein üblichen Muster abschliessen". Dieses Schreiben fasste das OLG als Angebot zum Abschluss eines VV auf, "der einen Darlehensvertrag einleiten sollte". Der VV sei aber nicht zustandegekommen, weil "nach den gesamten Umständen" die Annahmeerklärung der klagenden Brauerei schriftlich hätte abgegeben werden müssen ¹¹³⁾.

c) Der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, einen Wechsel auszustellen (Wechselschluss, pactum de cambiando), ist von jeher als ein Anwendungsfall des VV betrachtet worden ¹¹⁴⁾. In der Tat ist die VVkonstruktion bei einem Wechsel ziemlich unergiebig, denn der mit dem Wechsel bezweckte sichere und beschleunigte Zugriff auf das Vermögen des Schuldners würde durch eine Klage nach §§ 888, 894 ZPO erheblich erschwert, wenn nicht vereitelt ¹¹⁵⁾.

(111)- FIKENTSCHEER, Schr § 65 I 2 S. 371.

(112)- Urt. v. 1.12.1961, SchlHol.Anzeigen 1962, 128.

(113)- Vgl. §§ 125 Satz 2, 154 Abs. II BGB.

(114)- DEGENGOLB, S. 67 ff; WINDSCHEID-KIPP § 310 Note 3; OERTMANN, § 125 6 b; BLOMEYER, promesse, S. 270; BLOMEYER Schr § 20 I 3 a S. 94.

(115)- Aus anderen Gründen auch ablehnend METZDORF, der VV Diss. Breslau 1938, S. 26 ff. Siehe unten § 6 G.

d) In der Höfeordnung ¹¹⁶⁾ wird Inhalt und Form des Hofübergabevertrages geregelt (§ 7 HöfeO). Die Gerichte haben öfters über folgenden Grundsachverhalt zu entscheiden: Der älteste Sohn arbeitet schon sehr lange auf dem Hof des Vaters und wird von jedem als Erbe betrachtet. Plötzlich ändert der Vater seine Meinung, schliesst mit einem Dritten (anderen Kind oder Fremden) einen notariellen Hofübergabevertrag und überträgt ihm den Hof. Hier liegt die Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung nahe. Der BGH hat anfänglich mit einem VV geholfen ¹¹⁷⁾. "In Fällen dieser Art", sagt der BGH, "läuft das Verhalten der Beteiligten als auf eine vertragliche Übereinkunft hinaus, die sich als VV zu einem von beiden Teilen in Aussicht genommenen späteren Hofübergabevertrag charakterisieren lässt" ¹¹⁸⁾. Dieser VV sei zwar wegen Formmangels nichtig (§§ 7 HöfeO, 125 BGB), die Berufung auf die Formnichtigkeit verstosse aber gegen Treu und Glauben. Diese Konstruktion ist im Schrifttum einmütig abgelehnt worden ¹¹⁹⁾. Der BGH gab in seiner späteren Entscheidung die VVskonstruktion auf und wendet die Lehre der sog. faktischen Vertragsverhältnisse an ¹²⁰⁾.

e) § 177 BEG 1956 ¹²¹⁾ bestimmt, dass im Entschädigungsverfahren Vergleiche zulässig sind. In einem Urteil des BGH v. 14.3.1962 ging es um folgenden Sachverhalt: Der entschädigungsberechtigte Kläger hatte das beklagte Land nach den Vorschriften des BEG auf Gewährung einer Rente verklagt. Während des Rechtsstreits in der ersten Instanz

(116)- Anlage B zur MilitärregierungsVO 84 v.24.4.1947, ZVOBl. BrZ 33.

(117)- Urt. v. 16.2.1954 BGHZ 12, 286 = LM § 7 (12) HöfeO.

(118)- BGHZ 12, 286 (303).

(119)- Nachweise bei HENRICH, S. 178 Anm. 97, 98.

(120)- Vgl. BGH Urt. v.5.9.1957 BGHZ 23, 249.

(121)- Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung vom 29.6.1956, BGBl I 562.

sagte ein Vertreter des beklagten Landes dem Kläger eine Rente in bestimmter Höhe mündlich zu. Auf Grund dieser Zusage verlangte nun der Kläger die "vereinbarte" Rente. Er behauptete, das beklagte Land habe mit ihm einen Vergleich geschlossen oder sich doch jedenfalls verpflichtet, einen solchen Vergleich abzuschliessen. Das Berufungsgericht wies die Klage ab. Der BGH meinte dagegen, diese mündliche Abmachung lasse sich als VV zu einem schriftlichen oder gerichtlich zu beurkundenden Vergleich qualifizieren ¹²²⁾.

6. VV und Urheberrecht.

Zu Verträgen mit urheberrechtlichem Einschlag werden mehrere VV und Optionsverträge erwähnt. Mit "Option" wird zuweilen die Verpflichtung zum Abschluss eines weiteren Vertrages, also ein VV, gemeint ¹²³⁾. Von diesen verschiedenartigen VV sind folgende Beispiele zu nennen:

a) Die Praxis hat ein Muster für den "Options- oder Vorvertrag zu einem Patentkauf" entwickelt ¹²⁴⁾. Mit diesem Vertrag bietet der Patentinhaber seine "Patentanmeldung" einer Firma zum Kauf an. Die Firma kann innerhalb gewisser Zeit die Brauchbarkeit der Erfindung prüfen. In ziemlich untechnischer Weise bestimmt das Muster in § 3 Satz 2: "Wird die Option von der Firma fristgemäss ausgeübt, so ist der Patentinhaber verpflichtet, mit ihr einen Kaufvertrag über die Patentanmeldung bzw. das Patent ... abzuschliessen". Können sich die Parteien über die Zahlungsbedingungen ¹²⁵⁾ oder Nebenabreden

(122)- LM § 177 (1) BEG 1956.

(123)- Siehe unten e).

(124)- Im Rechtsformularbuch von WURM-WAGNER-ZARTMANN, 6. Aufl. 1956, S. 957.

(125)- Die Kaufsumme wird im voraus festgelegt und meistens mit dem "Bindungsentgelt" abgerechnet.

nicht einigen, dann wird deren Bestimmung einem Dritten ¹²⁶⁾ überlassen. Hier geht es also um einen VV und nicht um einen Optionsvertrag, weil die "Optionsausübung" allein den erzielten Vertrag nicht zustandebringt.

b) Vom VV zu einem Subverlagsvertrag handelt eine Entscheidung des BGH vom 20.6.1958 ¹²⁷⁾. Die Parteien hatten eine schriftliche Vereinbarung getroffen, durch die sich die Klägerin (Musikverleger in Berlin) verpflichtete, an den Beklagten (Musikverleger in Kopenhagen) zehn ihrer Verlagswerke im Subverlagsrecht für Skandinavien zu übertragen. Die Klägerin, die laut Vereinbarung "geeignete Vertragsvorschläge" unterbreiten sollte, übersandte dem Beklagten den Entwurf eines Subverlagsvertrages, der aber in einigen Punkten von den Bedingungen des VV abwich. Der Beklagte lehnte den Entwurf ab. Daraufhin erklärte die Klägerin, dass sie vom VV zurücktrete. Der BGH hat hier seltsamerweise ein Rücktrittsrecht nach §§ 242, 326 BGB anerkannt, obwohl der Vertragspartner, der dieses ausübte, sich selbst nicht vertragsgetreu verhalten hatte ^{127a)}.

c) Ebenfalls bis zum BGH ¹²⁸⁾ gelangte folgender Rechtsstreit: Zwischen einer Firma (Klägerin) und einem Inhaber zweier Patente für Baustützen (Erblasser der Beklagten) wurde eine mündliche Vereinbarung getroffen, die zu einem schriftlichen Lizenzvertrag führen sollte. Die Klägerin zahlte dabei DM 3.000 an und übernahm die

(126)- § 317 BGB. Als Dritter wird ein vom Präsidenten des Deutschen Patentamtes zu benennender Sachverständiger bestellt.

(127)- NJW 1958, 1531 = LM § 242 (Bc 6) BGB = Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht, 26 (1958) 331.

(127a)- Hierüber s. § 3 IV.

(128)- Urt. v. 3.6.1958 LM § 154 (4) BGB = NJW 1958, 1281.

(129)- Zur Rechtsnatur dieser Verträge s. ESSER, Schr II, §§ 74 f (S. 133 f), 61 I (S. 9).

Verpflichtung, beim Abschluss des schriftlichen Vertrages dem Patentinhaber noch DM 3.000 zu zahlen. Zum schriftlichen Vertrag sind die Parteien aber nicht gekommen, weil die Klägerin entdeckte, dass eine andere Firma ähnliche Baustützen herstellte. Mit ihrer Klage verlangte sie Rückzahlung des Teilbetrages von DM 3.000 mit der Begründung, dass ein Vertrag mangels vereinbarter Form (§ 154 Abs. II BGB) und mangels Einigung über wesentliche Punkte (§ 154 Abs. I BGB) nicht zustandegekommen sei. Das LG sah in der strittigen Vereinbarung einen endgültigen und wirksamen Lizenzvertrag mit der Abrede der späteren schriftlichen Fixierung. Das Berufungsgericht war der Auffassung, dass es sich um einen gültigen VV handle. Letzterer "Auslegung" hat sich der BGH angeschlossen.

d) Im Filmhandel werden verschiedene Verträge abgeschlossen, welche die Verwertung von Filmen zum Gegenstand haben ¹²⁹⁾. Der BGH hatte in einem Urteil vom 15.3.1963 ¹³⁰⁾ über eine als VV zum Abschluss eines solchen Vertrages bezeichnete Abmachung zu entscheiden. Die Parteien hatten vereinbart, dass sich die Klägerin drei von zehn angeführten Filmen der beklagten Firma aussuchen könne, und dass ein Vertrag über den Erwerb des "outright" für diese Filme abgeschlossen werden solle. Ferner wurden Einzelheiten über die Lizenzgebühren, die Zahlungsweise und die Vertragsdauer festgelegt. Diese Vereinbarung qualifizierte das Berufungsgericht als VV zum Abschluss eines HV, dessen Gegenstand die Übertragung der Auswertungsrechte an den drei Filmen sein sollte. Entgegen der Meinung der Revision, es sei kein Vertrag zustandegekommen, ist der BGH

(129)- s. vorhergehende Seite.

(130)- WM 1963, 662.

nicht einigen, dann wird deren Bestimmung einem Dritten ¹²⁶⁾ überlassen. Hier geht es also um einen VV und nicht um einen Optionsvertrag, weil die "Optionsausübung" allein den erzielten Vertrag nicht zustandebringt.

b) Vom VV zu einem Subverlagsvertrag handelt eine Entscheidung des BGH vom 20.6.1958 ¹²⁷⁾. Die Parteien hatten eine schriftliche Vereinbarung getroffen, durch die sich die Klägerin (Musikverleger in Berlin) verpflichtete, an den Beklagten (Musikverleger in Kopenhagen) zehn ihrer Verlagswerke im Subverlagsrecht für Skandinavien zu übertragen. Die Klägerin, die laut Vereinbarung "geeignete Vertragsvorschläge" unterbreiten sollte, übersandte dem Beklagten den Entwurf eines Subverlagsvertrages, der aber in einigen Punkten von den Bedingungen des VV abwich. Der Beklagte lehnte den Entwurf ab. Daraufhin erklärte die Klägerin, dass sie vom VV zurücktrete. Der BGH hat hier seltsamerweise ein Rücktrittsrecht nach §§ 242, 326 BGB anerkannt, obwohl der Vertragspartner, der dieses ausübte, sich selbst nicht vertragsgetreu verhalten hatte ^{127a)}.

c) Ebenfalls bis zum BGH ¹²⁸⁾ gelangte folgender Rechtsstreit:
Zwischen einer Firma (Klägerin) und einem Inhaber zweier Patente für Baustützen (Erblasser der Beklagten) wurde eine mündliche Vereinbarung getroffen, die zu einem schriftlichen Lizenzvertrag führen sollte. Die Klägerin zahlte dabei DM 3.000 an und übernahm die

(126)- § 317 BGB. Als Dritter wird ein vom Präsidenten des Deutschen Patentamtes zu benennender Sachverständiger bestellt.

(127)- NJW 1958, 1531 = LM § 242 (Bc 6) BGB = Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht, 26 (1958) 331.

(127a)- Hierüber s. § 3 IV.

(128)- Urt. v. 3.6.1958 LM § 154 (4) BGB = NJW 1958, 1281.

(129)- Zur Rechtsnatur dieser Verträge s. ESSER, SchR II, §§ 74 f (S. 133 f), 61 I (S. 9).

Verpflichtung, beim Abschluss des schriftlichen Vertrages dem Patentinhaber noch DM 3.000 zu zahlen. Zum schriftlichen Vertrag sind die Parteien aber nicht gekommen, weil die Klägerin entdeckte, dass eine andere Firma ähnliche Baustützen herstellte. Mit ihrer Klage verlangte sie Rückzahlung des Teilbetrages von DM 3.000 mit der Begründung, dass ein Vertrag mangels vereinbarter Form (§ 154 Abs. II BGB) und mangels Einigung über wesentliche Punkte (§ 154 Abs. I BGB) nicht zustandegekommen sei. Das LG sah in der strittigen Vereinbarung einen endgültigen und wirksamen Lizenzvertrag mit der Abrede der späteren schriftlichen Fixierung. Das Berufungsgericht war der Auffassung, dass es sich um einen gültigen VV handle. Letzterer "Auslegung" hat sich der BGH angeschlossen.

d) Im Filmhandel werden verschiedene Verträge abgeschlossen, welche die Verwertung von Filmen zum Gegenstand haben ¹²⁹⁾. Der BGH hatte in einem Urteil vom 15.3.1963 ¹³⁰⁾ über eine als VV zum Abschluss eines solchen Vertrages bezeichnete Abmachung zu entscheiden. Die Parteien hatten vereinbart, dass sich die Klägerin drei von zehn angeführten Filmen der beklagten Firma aussuchen könne, und dass ein Vertrag über den Erwerb des "outright" für diese Filme abgeschlossen werden solle. Ferner wurden Einzelheiten über die Lizenzgebühren, die Zahlungsweise und die Vertragsdauer festgelegt. Diese Vereinbarung qualifizierte das Berufungsgericht als VV zum Abschluss eines HV, dessen Gegenstand die Übertragung der Auswertungsrechte an den drei Filmen sein sollte. Entgegen der Meinung der Revision, es sei kein Vertrag zustandegekommen, ist der BGH

(129)- s. vorhergehende Seite.

(130)- WM 1963, 662.

der Auffassung des Berufungsgerichtes beigetreten.

e) Vom Verlagsvertrag über künftige Werke (§ 11 VerlG) unterscheidet man die sog. Vorrechts- oder Optionsverträge, in denen sich der Verfasser verpflichtet, künftige Werke dem Verleger zum Abschluss eines Verlagsvertrages anzubieten ¹³¹⁾. Ein derartiger Vertrag, durch den sich der Autor verpflichtet hat, sein "nächstes Werk" einem Verlag zur Veröffentlichung abzugeben ¹³²⁾, ist von einem Teil der Lehre als VV bezeichnet worden ¹³³⁾.

7. VV und Arbeitsrecht

Aus der Rechtsprechung und der Lehre sind ferner VV auf Abschluss von Verträgen zu erwähnen, die zur Materie des Arbeitsrechts gehören.

a) Von einem VV zu einem Lehrvertrag handelt ein Urteil des LAG Düsseldorf vom 5.5.1960 ¹³⁴⁾. Mit diesem VV sollte erprobt werden, "ob ein Lehrvertrag möglich ist". Der endgültige Lehrvertrag enthielt noch eine Probezeit, auf welche die Zeit des VV nicht anzurechnen sei.

Solche VV werden anscheinend oft abgeschlossen, wenn man ein Lehrverhältnis vor der Vollendung des gesetzlich bestimmten Lebensalters des Berufsanwärters begründen will ¹³⁵⁾.

(131)- ULMER, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl. 1960, S. 235.

(132)- BGH Urt. v. 14.4.1953 BGHZ 9, 237 = LM § 1 (1) VerlG.

(133)- So LARENZ, BB 1955, 209; LARENZ, SchR II § 40 IV 1 Anm. 1; vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 162 IV 1 Anm. 28 a.E. S. 998. Anderer Ansicht LORENZ, Vorzugsrechte, S. 110 f; vgl. HENRICH, S. 312; ULMER, ebenda.

(134)- BB 1960, 1100.

(135)- So etwa bei den Arzthelferinnen, deren Lehrzeit frühestens mit dem vollendeten 16. Lebensjahr beginnen kann, dazu: BB 1967, 337. Von praktischer Bedeutung ist hier die Frage, ob eine Versicherungspflicht beim Abschluss derartiger VV besteht, s. BB ebenda.

b) Angestellten, die aus Altersgründen aus dem Betrieb ausscheiden, wird oft ein betriebliches Ruhegeld in Form einer Rente gezahlt ¹³⁶⁾. Die Höhe dieses Ruhegehalts sowie die sonstigen Bedingungen für die Gewährung werden in einem Vertrag festgelegt. Von einem VV zum Abschluss eines solchen Vertrages war in einer Entscheidung des BGE vom 17.2.1969 ¹³⁷⁾ die Rede. Der Kläger war längere Zeit Geschäftsführer der beklagten GmbH. Im Hinblick auf sein Ausscheiden trat er mit Vertretern der Beklagten in Verhandlungen über eine Ruhegehaltzahlung ein. Mit Schreiben vom 24.11.1952 bestätigte die Beklagte vorangegangene Besprechungen und erklärte sich bereit, dem Kläger eine Pension zu zahlen, vorausgesetzt, dass er sich verpflichtet, jegliche Wettbewerbstätigkeit gegenüber der Beklagten zu unterlassen. Während über den Umfang dieser Verpflichtung weiter verhandelt wurde, warb der Kläger - nach Informationen der Beklagten - für das neue Geschäft seines Sohnes. Zu dieser Unstimmigkeit kamen andere Umstände hinzu, die die Pensionszahlung hinausschoben. In seiner Klage behauptete der Kläger unter anderem, dass zwischen ihm und der Beklagten ein "Pensionsvertrag" zustandegekommen sei. Das Berufungsgericht erblickte im Schreiben vom 24.11.1952 ein Angebot der Beklagten zum Abschluss eines VV des Inhalts, dass sie für den Kläger ein Ruhegehalt festsetzen werde, sobald der Kläger sich verpflichtet, im Wettbewerb mit der Firma nicht tätig zu werden. Diese Verpflichtung sei eine Bedingung, von der der Anspruch des Klägers abhängig gemacht war. Jedoch habe der Kläger seiner Verpflichtung "in mehrfacher Hinsicht zuwidergehandelt", so dass ihm kein Anspruch mehr

(136)- SÖLLNER, Arbeitsrecht (1969), § 34 III S. 212; vgl. HUECK (-NIPPERDEY) Arbeitsrecht, 7. Aufl. 1967, I § 55.

(137)- WM 1969, 686.

zustehe. Entgegen dieser Auffassung des Berufungsgerichtes meinte der BGH, zwischen den Parteien sei weder ein VV noch "ein sonstiger Vertrag" zustandegekommen. Für die Annahme eines VV fehle es hier an den erforderlichen besonderen Umständen.

c) Bis zum Bundesarbeitsgericht ¹³⁸⁾ gelangte folgender Rechtsstreit: Zwischen der beklagten Filmproduktionsfirma und dem Vater der Klägerin als ihrem gesetzlichen Vertreter wurde ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen, in dem sich die Filmschaffende (Klägerin) verpflichtete, "in sieben zeitlich noch nicht festgelegten Filmen ... mitzuwirken". Ferner bestimmten die Parteien in diesem Vertrag die Höhe der Brutto-Gage pro Film sowie weitere Bedingungen über Dispositionen, Termine und sonstige Vergütungen. Die Klägerin hatte während der Vertragsdauer ihre Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt, wurde aber von der Beklagten nicht zur Drehung von Filmen herangezogen. Mit ihrer Klage verlangte sie die Zahlung der versprochenen Gagen auf Grund des erwähnten Vertrages, den sie als Filmanstellungsvertrag bezeichnete. Die fehlende ausdrückliche Vertragsdauer legte sie nach Treu und Glauben auf etwa zweieinhalb Jahre fest. Die Beklagte vertrat die Ansicht, zwischen ihr und der Klägerin bestehe kein rechtswirksamer Vertrag. Das Bundesarbeitsgericht hat zwar anerkannt, dass die strittige Vereinbarung die nach der Tarifordnung für Filmschaffende ¹³⁹⁾ erforderlichen Bestimmungen nicht enthielt, qualifizierte aber die Abmachung als VV zum Abschluss der beabsichtigten sieben "Hauptfilmverträge" ¹⁴⁰⁾.

(138)- Urt. v. 6.9.1962 AP § 611 BGB Film (3) mit Anm.

(139)- TO für Filmschaffende vom 19.8.1943. Das im Anhang beigegebene Muster eines Filmanstellungsvertrages ist inzwischen durch die Tarifverträge vom 19.12.1959 (UFITA 31, 1960, S. 86 ff.) und vom 23.4.1963 (UFITA 39, 1963, Hefte 3 - 6) in vielem geändert worden, vgl. die Anm. zur behandelten Entscheidung.

(140)- Wie es in den Gründen (II 1 b-c) steht: "eine unter den Rechtsbegriff eines VV zu subsumierende Vereinbarung".

d) In einem führenden Lehrbuch des Arbeitsrechts ¹⁴¹⁾ liest man, dass die Umdeutung nach § 140 BGB formnichtiger Tarifvereinbarungen in einen mündlichen VV zum Abschluss eines Tarifvertrages grundsätzlich zulässig sind. Aus einem solchen VV kann auf Abschluss des Tarifvertrages geklagt werden ¹⁴²⁾.

8. VV und aktuelle Rahmenverträge

Unter Rahmenvertrag versteht man den Vertrag, der den Abschluss weiterer Verträge ("Einzelverträge") ins Auge fasst und den Inhalt dieser Verträge regelt ¹⁴³⁾. Der Rahmenvertrag enthält in der Regel keine Abschlusspflicht für die Beteiligten. Wenn und insofern er eine solche Verpflichtung begründet, ist er zugleich ein VV ¹⁴⁴⁾. Das Paradigma des Rahmenvertrages ist der Bezugsvertrag ¹⁴⁵⁾. Heute ist die früher vertretene Ansicht, dass der Bezugsvertrag ein VV sei, völlig überholt ¹⁴⁶⁾. Im folgenden werden einige aktuelle Rahmenverträge angeführt, für welche man die Form des VV herangezogen hat.

a) Der finanzierte Kauf ¹⁴⁷⁾ erfolgt heute auf Grund eines Rahmenvertrages, des sog. B.-Geschäftes. Nach dem B.-Geschäft ¹⁴⁸⁾ bean-

(141)- (HUECK)-NIPPERDEY, Bd II Hlbb 1 § 21 1h S. 457; zustimmend NIKISCH, Arbeitsrecht Bd. II S. 284.

(142)- NIPPERDEY, ebenda; derselbe bei ENNECCERUS § 162 IV 1 Anm. 29 S. 999. S. aber auch HENRICH, S. 168.

(143)- FIKENTSCHER, Schr § 24 S. 96 ff. Diese gesetzlich nicht vorgesehene Vertragsart hat bisher keine umfassende Behandlung erfahren.

(144)- FIKENTSCHER, ebenda; vgl. HENRICH, S. 117.

(145)- Vgl. den Bierbezugs- oder Bierlieferungsvertrag. Er ist auch ein "Sukzessivlieferungsvertrag". Zu diesen Verträgen vgl. BLOMEYER, Schr § 9 III S. 45.

(146)- Eingehende Darstellung und Kritik der verschiedenen Meinungen bei ROTH, S. 144 ff.

(147)- HÖRTER, Der finanzierte Abzahlungskauf, 1969.

(148)- Anders "Darlehenskonstruktion" im Gegensatz zu der "Abtretungskonstruktion" beim sog. A.-Geschäft. Überblick bei ESSER, Schr II § 65 III S. 69 ff.

trägt der Käufer bei einem Finanzierungsinstitut ein Darlehen in Höhe des Kaufpreises zuzüglich Kreditgebühren. Nach Prüfung der Kreditwürdigkeit des Käufers bzw. nach entsprechenden Sicherungsleistungen¹⁴⁹⁾ zahlt die Bank die geschuldete Kaufgeldsumme an den Verkäufer. In diesem Rahmenvertrag wurde anfänglich ein (Darlehens-) VV erblickt¹⁵⁰⁾. Heute weist man mit Recht daraufhin, dass im B.-Geschäft das Finanzierungsinstitut sich nur "bereit" erklärt, die Darlehensanträge der Käufer anzunehmen¹⁵¹⁾. Die Verpflichtung der Bank zur Auszahlung des Geldes und Begleichung der Kaufpreisschuld entsteht erst mit der Annahme des Kreditantrages und beruht gegenüber dem Verkäufer auf dem Rahmenvertrag, gegenüber dem Käufer hingegen auf einem gesonderten Darlehensvertrag¹⁵²⁾.

b) Ein anderer aktueller Rahmenvertrag ist der sog. Vertragshändlervertrag. Durch ihn wird zwischen dem Hersteller einer Ware und dem Vertragshändler ("Einzelhändler") unter anderem vereinbart, dass letzterer unter festgelegten Bestimmungen über Preis, Handelsspanne, Lieferungsbedingungen usw. die Vertragsware vom ersteren bezieht¹⁵³⁾. Solche Bezugsvereinbarungen im Vertragshändlervertrag haben nach einer Ansicht nicht den Charakter eines VV¹⁵⁴⁾. Dieses gilt zweifellos für den Hersteller¹⁵⁵⁾. Anders sieht es aber mit dem Vertragshändler, der öfters durch eine "Mindestabnahme Klausel"

(149)- Vgl. HÖRTER, S. 50. Zur Problematik angesichts der Anwendung des Abzahlungsgesetzes s. FIKENTSCHER, Schr § 71 V 6 S.443 ff.

(150)- So MARK, Teilzahlungskreditgeschäft und Absatzfinanzierung beim Teilzahlungsgeschäft, Diss. Würzburg 1956, S. 91 f.

(151)- Manchmal ist die Bank berechtigt, einen Antrag ohne Angabe von Gründen abzulehnen, HÖRTER, S. 130 ff.

(152)- So HÖRTER, S. 131.

(153)- P.ULMER, Der Vertragshändler, 1969, S. 296 ff; vgl. BAUMBACH-DUDEN, § 84 3 G.

(154)- P.ULMER, S. 304.

(155)- Die von P.ULMER untersuchten Vertragsmuster enthalten keine Bestimmungen, die den Hersteller zur Lieferung von Vertragswaren verpflichten. Dagegen kommt oft die Klausel vor, die eine solche Lieferpflicht ausdrücklich ausschliesst, P.ULMER, S. 309.

verpflichtet wird, "im Geschäftsverkehr mit dem Hersteller einen Mindestumsatz zu erreichen" ¹⁵⁶⁾. Dass der Hersteller bei Verletzung dieser Verpflichtung nicht die Abnahme der Waren verlangen, sondern das Dauerschuldverhältnis kündigen würde, ist nicht aus juristischen, sondern vielmehr aus wirtschaftlichen Gründen zu erklären ¹⁵⁷⁾.

c) Ein moderner Rahmenvertrag ist der Vertrag, durch den zwischen Hersteller und Abnehmer eine (zulässige) "vertikale" Preisbindung vereinbart wird ¹⁵⁸⁾. Dieser "Reversvertrag" begründet ein Dauerschuldverhältnis ¹⁵⁹⁾ und wirft dasselbe Problem, wie der Vertragshändlervertrag auf, nämlich ob durch ihn sich die Parteien zum Abschluss von einzelnen Kaufverträgen verpflichten. Hier kommt die Lieferpflicht des Herstellers in Frage. Lehre ¹⁶⁰⁾ und Rechtsprechung ¹⁶¹⁾ haben hier eine solche Verpflichtung nur aus dem Preisbindungsvertrag verneint. Der BGH hat hier die Möglichkeit eines VV zu den künftigen Kaufverträgen geprüft und abgelehnt ¹⁶²⁾.

(156)- Auch nach P.ULMER, S. 309, der die VVskonstruktion ablehnt, steht in einigen Fällen dem Hersteller ein "Anspruch auf Abnahme" zu.

(157)- Auch bei den üblichen VV, wenn die Klage sich auf den VV stützt, wird meistens kein Erfüllungsanspruch geltend gemacht, HENRICH, S. 192 f.

(158)- Vgl. § 16 GWB. PASTOR, Die Einordnung der vertikalen Preisbindung in das allgemeine Vertrags- und Schadensersatzrecht, Diss. Köln 1967.

(159)- FIKENTSCHER, SchR. § 8 7c S. 38.

(160)- Nachweise bei PASTOR, S. 38.

(161)- BGH NJW 1963, 293.

§ 3 Das Recht des Vorvertrages

I. Begriff und Einordnung in das System des BGB

1. Begriff und Arten des VV

A. Unter einem Vorvertrag versteht man den Vertrag, in welchem sich die Parteien bindend verpflichten, später einen HV abzuschliessen ²⁾. Dieser Begriff des VV ist eine Abstraktion, wie der Begriff des Vertrages oder des Rechtsgeschäfts ²⁾. Die Dimensionen des VV-Begriffs hängen mit denen des Vertrags zusammen. So kann man den alten Streit, ob VV zu jedem Vertrag "möglich" ³⁾ sind oder nicht, auf die Ausdehnung des Vertragsbegriffs durch die Pandektenwissenschaft zurückführen ⁴⁾. Während sich die Erstreckung des Vertragsbegriffs auf dingliche, personenrechtliche, erbrechtliche und Gründungsakte ⁵⁾ durchgesetzt hat, konnte eine entsprechende Erweiterung des VV-Begriffs nicht akzeptiert werden. Heute werden nur VV zu obligatorischen Verträgen ⁶⁾ und zu Gründungsak-

-
- (1)- So KRÜGER-NIELAND in RGRK vor § 145 Anm. 13. In dieser Allgemeinheit auch HENRICH, S. 1.
 - (2)- Vgl. FLUME, § 33, 2, S. 601.
 - (3)- Bei der Diskussion des Problems werden Ausdrücke wie "denkbar", "konstruierbar", "zulässig" usw. anstelle des Wortes "möglich" verwendet (vgl. etwa HENRICH, S. 84). BRÜGGEMANN schreibt (S. 204 Sp. 1), dass es "einen VV zu anderen als Verpflichtungsgeschäften" nicht gebe und nicht geben könne. Diese Formulierungen laufen jedoch leer, wenn sie nicht die Zulässigkeit des betreffenden VV bedeuten. Denn "möglich" oder "denkbar" kann vieles sein; die Frage ist nun, was nach dem System des BGB zulässig ist.
 - (4)- Zu dieser Entwicklung vgl. BOEHMER, Grundlagen II, 1, S. 72 ff und FLUME, § 33, S. 599 ff. Bis auf die Zeit v. SAVIGNYs wurde der Vertrag im Schrifttum so behandelt, "als wäre der obligatorische Vertrag der einzige überhaupt" (bezeugt durch SAVIGNY selbst, in System, Band 3, § 141, S. 314). Vornehmlich mit ihm fängt die Herauslösung des Vertragsbegriffs aus dem Obligationenrecht an.
 - (5)- Die Aufzählung folgt der Einteilung FLUMES, § 33, 3, S. 603.
 - (-6) Statt aller ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 162 IV 1, S. 998.

ten ⁷⁾ als solche anerkannt. Die Lehre hat diese Einschränkung verschieden begründet. DEGENGOLB ⁸⁾ meinte, es sollte bei der "üblichen Beschränkung des VV auf die Sphäre des pactum decontrahendo im technischen Sinn", d.h. beim VV zu "obligatorischen HV" bleiben, obwohl "rein a priori betrachtet", die Anwendungssphäre der pacta de contrahendo soweit wie der Begriff des Vertrags reicht. Nach anderer Ansicht ist der Begriff des VV nur in Zusammenhang mit Schuldverträgen brauchbar ⁹⁾. Schliesslich prüft BRÜGGEMANN alle Grundtatbestände, die als VV bezeichnet werden könnten und kommt zum Ergebnis, dass jede andere VV ausser diesem zu Verpflichtungsgeschäften entweder gesetzlich ausgeschlossen oder "tote Begriffsspielerei" ist ¹⁰⁾. Insoweit die Unzulässigkeit gewisser VV ¹¹⁾ dem Gesetz entnommen werden kann, braucht die entsprechende Einschränkung des VV-Begriffs keine dogmatische Begründung. Dagegen bleibt die Frage nach dem Anwendungsgebiet offen, wenn man Tatbestände ausschliesst, weil sie "nicht üblich", unbrauchbar oder "wertlos" sind ¹²⁾. Vielmehr sollte man fragen, warum VV nur zu

-
- (7)- Hier ist das Problem der Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrages (Körperschafts- und Vertragstheorie) nicht zu erörtern. Es sei nur auf den "wesentlichen Unterschied zwischen Schuldrecht und Gesellschaftsrecht" (so WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1969, Nr. 7) hingewiesen, der zu einer Differenzierung zwischen VV zu einem Schuldvertrag und Gesellschafts-VV führt. Dazu unten § 6. I.
- (8)- Als besondere Frage der VV-Lehre behandelt er in § 4 (S. 20 ff) seiner Arbeit das Thema "Anwendungsfälle des VV". Er stellt fest, dass der abstrakte VV-Begriff zur Bezeichnung auch von Tatbeständen wie etwa dem Kauf (Verhältnis zur Tradition) oder dem Verlöbnis (Verhältnis zur Eheschliessung) geeignet wäre. Trotzdem entscheidet er sich für den traditionellen Anwendungsbereich der pacta de contrahendo.
- (9)- BLOMEYER, SchR, § 18 III, S. 76, Anm. 6.
- (10)- BRÜGGEMANN, S. 204. Tote Begriffsspielerei sei der "sachenrechtliche VV", der neben einer "ohnehin gegebenen" Verpflichtung zur Übereignung keinen Wert besitze.
- (11)- Wie etwa ein VV zu Familien- oder Erbrechtlichen Verträgen.
- (12)- Diese "willkürliche" Eingrenzung kritisiert ROTH (S. 30 ff) in der Auseinandersetzung mit DEGENGOLB, kommt aber mit seinem Geschäftserrichtungsvertrag zu einem differenzierteren aber ähnlichen Ergebnis (S. 289).

schuldrechtlichen Verträgen üblich und brauchbar sind ¹³⁾. Die Antwort lautet dann: beim VV lebt die ursprüngliche Vorstellung des Vertrages als Grundlage der Schuldverpflichtung fort ¹⁴⁾. Daher ist die herrschende Lehre vom VV wirklichkeitsnah geblieben, indem sie sich die Versuche einer Ausdehnung des VV-Begriffs ¹⁵⁾ über das Schuld- und Handelsrecht hinaus nicht zueigen gemacht hat.

B. Zur Terminologie: Schon bald nach der Ausprägung des Ausdrucks VV durch THÖL wurde die Mehrdeutigkeit des Namens auffällig. Mit Recht stellt LORENZ fest, dass der VV seit je ein "besonders beliebtes Sammelbecken" für manche eigenartige Rechtsfiguren ist ¹⁶⁾. LEONHARD ¹⁷⁾ nennt ihn "Abschliessungsvertrag", BESELER ¹⁸⁾ "Vertragsberedung", ROTH "Geschäftserrichtungsvertrag" ¹⁹⁾. Gelegentlich

(13)- So richtig ROTH, S. 257 ff (264 ff, 267) für seinen modifizierten VV.

(14)- Vgl. v.SAVIGNY, oben Anm. 4. Zum Vertragsbegriff vgl. auch unten § 6.

(15)- Darüber berichtet ROTH, S. 78 ff, 108 ff. Bekanntes Paradigma ist der Fall des Verlöbnisses, obwohl es im BGB keine Begriffsbestimmung von ihm gibt, wird es allgemein definiert als der Vertrag, durch den sich zwei Personen verschiedenen Geschlechts gegenseitig versprechen, künftig die Ehe miteinander einzugehen (RG 61, 267; diese Definition wurde von mehreren Seiten angefochten). Hier liegt die Annahme nahe, das Verlöbnis sei ein VV, und in der Tat ist um die Wende des Jahrhunderts diese Ansicht vertreten worden. Nicht nur für einen grossen Teil der Lehre (vgl. ROTH, S. 176 ff) sondern auch für die Rechtsprechung war das Verlöbnis ein "obligatorischer Vertrag", nämlich ein pactum de contrahendo im weiteren Sinne, ein VV, wodurch sich die Paziszenten zwar nicht zur Eingehung des rein familienrechtlichen Vertrages der Eheschliessung einander verpflichten" RG 29, 98. ENGELMANN ist soweit gegangen, das Verlöbnisver sprechen als zum Verlöbnisschluss verpflichtenden VV zu bezeichnen! (bei STAUDINGER, 9. Aufl. 1926, Bd IV, Vorbem zu § 1297, S. 9).

(17)- Schr I, S. 290.

(18)- System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1.Abt.4.Aufl.1885,S.48.

(19)- Ferner sprach STINTZING von der "Vorverpflichtung". Aus den Dissertationen sind noch die Bezeichnungen "Vertragsschliessungsvertrag" (NETLE, Beiträge zur Lehre vom VV, Diss.Heidelberg, 1909, S. 5) und "Vertragsversprechen" (KAUBES, Zur Geschichte und rechtlichen Natur des VV, Diss.Marburg 1911, S. 15) zu erwähnen.

(16)- LORENZ, Vorzugsrechte, S. 113.

ist heute die Rede von "vorvertraglichen Rechtsverhältnissen" ²⁰⁾. Damit meint man nicht das Schuldverhältnis aus einem VV, sondern das Rechtsverhältnis, "das bereits durch die Aufnahme der Vertragsverhandlungen begründet wird". Schliesslich hält HENRICH (S. 230) die Bezeichnung des Optionsvertrages als VV für keine Frage der Terminologie, sondern der "rechtlichen Qualifikation" ²¹⁾.

C. Die Arten des VV. Die VV lassen sich auf Grund verschiedener Kriterien klassifizieren:

a) Man unterscheidet zwischen "einseitigem" und "zweiseitigem" VV ²²⁾. Beim ersten kann nur der eine Vertragspartner den Abschluss des HV verlangen, beim zweiten können es beide. Die praktischen Folgerungen dieser Unterscheidung sind:

aa) Oft wird der zweiseitig bindende VV zum HV erklärt ²³⁾, während der einseitige VV als die praktisch wichtigste Erscheinungsform des VV gilt ²⁴⁾.

bb) Umgekehrt halten andere den zweiseitig bindenden VV für den einzigen "echten" VV ²⁵⁾.

(20)- Lo LARENZ, Schr I, S. 58, vgl. ebda., S. 39 ff.

(21)- Vgl. BLOMEYER, Schr § 18 III 1, S. 77.

(22)- So schon DEGENGOLB, S. 89 f. Eindeutiger ist die Bezeichnung einseitig bzw zweiseitig verpflichtender VV. Denn die Kurzform zweiseitiger VV führt zum "gegenseitigen" VV für welchen §§ 320 ff BGB gelten sollen (so tatsächlich ein Teil der Lehre; dazu BRÜGGEMANN, S. 202). Nach LEVINSOHN, S. 51 sind die gegenseitigen VV eine Untergruppe der zweiseitigen VV. Ein gegenseitiger VV liege dann vor, wenn die beiderseits übernommenen Verpflichtungen im synallagmatischen Verhältnis stehen. Abweichend BRÜGGEMANN, S. 207.

(23)- So STINTZING, S. 11 SCHLOSSMANN, S. 6; BLOMEYER, Schr, § 18, III 1, S. 77. wenn Vor- und Hauptvertrag formgleich sind.

(24)- Vgl. DEGENGOLB, ebda; STINTZING, S. 8 ff.

(25)- So LORENZ, S. 1, (111); FLUME, § 33,7, S. 615 (im gleichen Sinn FIKENTSCHEK, Schr § 23 II A 1 a, S. 95).

cc) Fliessend sind die Grenzen zwischen einseitigem VV und Optionsvertrag, während sich Optionsvertrag und zweiseitiger VV eindeutig unterscheiden lassen ²⁶⁾.

dd) Der einseitige VV ist nach der Rechtsprechung eine der drei Möglichkeiten, ein Ankaufsrecht zu begründen ²⁷⁾.

ee) Bei den VV zu den gerichtlich oder notariell zu beurkundenden Verträgen der §§ 311, 312 II, 313, 2371 BGB ist der einseitige VV, durch den sich nur der Erwerber bzw. Käufer zum Vertragsschluss verpflichtet formlos gültig ²⁸⁾. Dagegen ist der VV der nur dem Verkäufer (pactum de vendendo) oder beide Teile zu einer Grundstücksveräußerung verpflichtet, formbedürftig.

b) Die VV teilen sich in solche, durch die sich die Parteien verpflichten, einen Vertrag miteinander abzuschliessen, und solche, durch welche sich die eine Partei verpflichtet, mit einem dritten zu kontrahieren ("VV zugunsten Dritter") ²⁹⁾. Dieser VV wird im Schrifttum selten erwähnt ³⁰⁾ und oft aus der Erörterung ausgeschieden ³¹⁾. Umstritten ist, ob der VV zugunsten Dritter ein VV im "eigentlichen Sinne" ist ³²⁾. Andererseits erkennen Autoren, welche sonst den Wert eines VV im allgemeinen bezweifeln, seine Brauchbarkeit an ³³⁾. Für einen solchen VV sollen nicht nur die Grundsätze

(26)- Vgl. HENRICH, S. 232 ff. Zur Konstruktion des einseitigen VV als potestativ bedingten Vertrags. Vgl. ADLER, S. 242.

(27)- BGH LM § 433 (16) BGB; vgl. oben § 2 II 1 b.

(28)- So BLOMEYER, Schr § 20 I 3 b, S. 94. So auch die Rechtsprechung besonders zu § 313: Das pactum de emendo ist formfrei, RG 95, 5 (7); 110, 327 (338); RG DR 1939, 1140. Kritisch zu dieser Rechtsprechung ESSER, Schr II, S. 14, da der Schutzgedanke des § 313 auch für den Käufer gelte.

(29)- pactum de contrahendo cum tertio; vgl. ROTH, S. 83 ff.

(30)- Die von HENRICH (S. 79) vermisste Arbeit über den VV zugunsten Dritter im deutschen Recht ist schon vor der Drucklegung seiner Arbeit erschienen. In AcP 164 (1964), S. 447-481, hat SCHMALZER das Thema eingehend erörtert.

(31)- So etwa WABNITZ, S. 2 Anm. 2, vgl. auch BLOMEYER, promesse, S. 469, Anm. 4.

über die VV, sondern auch die Vorschriften über den Auftrag, die Geschäftsführung und die Kommission gelten ³⁴⁾.

c) Ferner wird der Unterschied zwischen VV zu Realverträgen und solchen zu Konsensualverträgen gemacht. Geschichte und Bedeutung der Unterscheidung wurde bei der Erörterung des Tatbestandes des Darlehens-VV dargestellt ³⁵⁾; die Realverträge sind heute nicht mehr die "unbestrittene Domäne" ³⁶⁾ der Lehre vom VV, da nach der modernen Auffassung Schuldverträge grundsätzlich als Hand- oder Versprechengeschäfte abgeschlossen werden können ³⁷⁾.

2. Abgrenzungsfragen

Die Angriffe gegen den selbständigen Begriff des pactum de contrahendo und später des VV gehen dahin, dass die als VV qualifizierten Tatbestände in Wirklichkeit einer anderen Rechtserscheinung entsprechen ³⁸⁾. Andererseits müssen die Gerichte oft über Sachverhalte entscheiden, die sich nicht eindeutig als VV bezeichnen lassen. Daher haben sich Lehre und Rechtssprechung besonders mit den Fragen nach der Abgrenzung des VV gegenüber anderen Rechtsformen beschäftigt.

- (32)- Ablehnend: GÖPPERT, S. 404 f; LEVINSOHN, S. 51; vgl. ferner BLOMEYER, ebenda; WABNITZ ebenda; FLUME, § 33, 7, S. 615. - Bejahend: DEGENGOLB. S. 25; OERTMANN, AllgT. § 154 Bem. 4; vgl. ferner LEHMANN-HÜBNER, § 33 III 4 b, S. 245; SUDHOFF, Personalgesellschaften, S. 249; HENRICH, S. 79 ff.
- (33)- v. THUR, Bd II, 1 S. 494; SCHLOSSMANN, S. 14 ff; REICHEL, AcP 127, 279.
- (34)- So SCHMALZER, aaO, S. 447. Allerdings sind die von ihm behandelten Fälle nicht mehr in dieser Form aktuell.
- (35)- Oben § 2 V 3 d.
- (36)- So SCHLOSSMANN, S. 36. Ähnlich meinte REICHEL, die Maklerprovision (1913), S. 19, die Lehre vom VV stehe und falle mit derjenigen von den Realverträgen.
- (37)- BLOMEYER, Schr § 20 III 3, S. 98.
- (38)- Dazu oben § 1 I.

a) VV und unverbindliche Verhandlungen

Geht man davon aus, dass der VV ein rechtsverbindlicher Vertrag ist, so dürfte die Unterscheidung zwischen Vorverhandlungen und einem VV nur eine partikuläre Erscheinung der allgemeinen Frage nach der Vertragsentstehung sein. Dennoch bereitet diese Abgrenzung in der Praxis einige zusätzliche Schwierigkeiten; in den Streitfällen über einen VV geht es meistens eben darum, ob überhaupt eine vertragliche Bindung vorliegt ³⁹⁾. Lehre ⁴⁰⁾ und Rechtsprechung ⁴¹⁾ stellen auf den Bindungswillen der Parteien ab. Es fragt sich dann, nach welchen Kriterien dieser Bindungswillen zu ermitteln ist. Nach §§ 145 ff BGB ist ein Vertrag geschlossen, wenn der übereinstimmende Wille der Parteien in zwei einander sinngemäss entsprechenden Erklärungen zutage getreten ist: in einem zeitlich vorangegangenen Angebot und einer darauf folgenden Annahme. Dieser Abschlussvorgang sagt jedoch nicht über den Bindungswillen aus ⁴²⁾. Und daher prüft die Rechtsprechung mit Recht nicht, ob die eine Partei den Abschluss des VV angeboten und die andere ihn angenommen hat ⁴³⁾. Viel wichtiger **für** die Feststellung, ob der VV zustandegekommen ist, sind dagegen die Bestimmungen im § 154 BGB.

§ 154 I Satz 1 BGB gibt eine Auslegungsregel ⁴⁴⁾ für den Fall, dass die Parteien bei Vertragsschluss eine volle Übereinstimmung nicht erreicht haben ⁴⁵⁾. "Im Zweifel" ist dann der Vertrag nicht ge-

(39)- Vgl. die Beispiele aus der Rechtsprechung, oben § 2.

(40)- HENRICH, S. 118.

(41)- BGH WM 1969, 686; BGH WM 1968, 1402; BGH WM 1966, 737.

(42)- Unter dieser Voraussetzung spricht übrigens § 157 BGB von der Auslegung von "Verträgen", nicht von Vertragsanträgen oder Annahmeerklärungen, WIEACKER, JZ 1967, S. 387.

(43)- Vgl. die Entscheidungen in Anm. (41).

(44)- Er stellt keine Vermutung auf, BGH LM § 154 (1)=NJW 1951, 397; Zur Frage der Beweislast vgl. BLOMEYER, Zivilprozessrecht, § 70 III, S. 354.

(45)- So KRÜGER-NIELAND in BGB-RGRK § 154 Anm. 1.

schlossen. Ein Bindungswille liegt im Zweifel nicht vor, wenn die Parteien sich nicht über den gesamten Vertragsplan geeinigt haben. Ihnen steht es allerdings frei, schon über gewisse Punkte eines Vertrages vorab eine bindende Einigung zu treffen, während andere Punkte bewusst offengelassen sind ⁴⁶⁾. Das wird besonders beim VV der Fall sein, "dessen Merkmal gerade darin besteht, dass eine zu regelnde Angelegenheit aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen noch nicht in allen Punkten festgelegt werden kann" ⁴⁷⁾. Ist eine Regelung einiger Punkte im VV also einer späteren Vereinbarung vorbehalten, so würde es dem Parteiwillen nicht entsprechen, "wenn man deshalb den VV im Hinblick auf § 154 BGB als nicht zustandegekommen ansehen wollte" ⁴⁸⁾. Dieser von den allgemeinen Regeln über den Vertragsschluss abweichende Gedanken ⁴⁹⁾ leitet der BGH aus der Natur der Sache ab ⁵⁰⁾. Zu unterscheiden bleibt noch das Verhältnis des VV zu den verschiedenen Stadien der Vertragsentstehung.

aa) Dem Vertragsschluss gehen in der Regel vorläufige Besprechungen voraus, die den Zweck haben, einen Vertragsschluss erst herbeizuführen. Im gemeinen Recht nannte man sie TRAKTATE. Sie stellen insofern einen rechtlich unverbindlichen Meinungsaustausch dar, als sie

(46)- ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 163 I, S. 1003.

(47)- So BGH WM 1961, 1052.

(48)- BGH ebenda; ebenso RG JW 1938, 2743; Anders BGH LM § 256

(40)ZPO: § 145 BGB gilt auch bei VV.

(49)- Vgl. STAUDINGER-COING Vorbem 17 vor § 145, "dies im Gegensatz zum VV".

(50)- BGH, WM 1961, 1052; vgl. auch BGH DNotZ 1963, 36.

(51)- STAUDINGER-COING, Vorbem 16 vor § 145. Auf Grund des durch die Vertragsverhandlung begründeten "vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses" kann nur eine Haftung für culpa in contrahendo entstehen. Mit Recht betont COING (Vorbem 19 a E), dass diese Haftung keinesfalls auf die Fiktion eines VV zu stützen ist.

noch keine Leistungspflicht begründen ⁵¹⁾. Das während dieser Verhandlungen Zugestandene kann von jeder Partei nach Belieben zurückgezogen werden ⁵²⁾. Schlagen diese Vertragsverhandlungen fehl, so können sie nie in einen VV umgedeutet werden ⁵³⁾.

bb) Ist eine Einigung über einzelne Vertragspunkte erreicht, so erzeugt sie im Zweifel keine rechtliche Verbindlichkeit (§ 154 I 1 BGB), auch wenn diese Punkte schriftlich festgelegt wurden (§ 154 I 2 BGB). Hier sprach man im gemeinen Recht von einer PUNKTATION. Der Terminus wird allerdings nicht einheitlich gebraucht ⁵⁴⁾.

WINDSCHEID ⁵⁵⁾ behandelt den VV mit der Punktation zusammen ~~mit~~ und setzt beide Begriffe u.U. gleich, BRINZ ⁵⁶⁾ meint, "VV im rechten Sinne des Wortes wäre ... die Punktation". Gegen die Gleichsetzung dieser Rechtserscheinungen richtet sich DEGENGOLB. Er betont, dass der VV so selbständig und vollendet ist wie jeder andere Vertrag, während die Punktation überhaupt nichts (rechtserhebliches) bedeutet ⁵⁷⁾. Damit kommt DEGENGOLB zu einem Satz, der nach der Grundkonzeption des BGB immer noch gilt ⁵⁸⁾: "Es gibt überall nur einen wahren Gegensatz: den Vertrag und die Vorverhandlungen." Nach mo-

{51)- siehe vorherige Seite.

{52)- COING, aaO, Vorbem 17; vgl. RG 130, 73.

{53)- BGH WM 1966, 737.

{54)- Über die verschiedenen Bedeutungen vgl. HENRICH, S. 101, Anm. 9 und S. 102 Anm. 11.

{55)- Pandekten, 4. Aufl., 1875, II, § 310 Nr. 2 b: "Ist die Punktation ... VV, so kann aus derselben Vollziehung der Form ... gefordert werden." Im gleichen Sinn DERNBURG, Pandekten, 5. Aufl., 1897, II, § 10.

{56)- Pandekten, Bd IV, 2. Aufl., 1892, § 575, S. 328.

{57)- S. 51 und er ergänzt: "Die Punktation ist eine Missfigur".

{58)- Entgegen der Alternative Vertrag - Nichtvertrag wird heute die Meinung vertreten, dass vielmehr eine Skala von Rechtsverbindlichkeiten innerhalb des Vertragssystems anzuerkennen sei, so REUSS, Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements AcP 154 (1955), 485 ff. Ausserhalb des Kartellrechts kann diese Meinung jedoch keine grosse Bedeutung haben.

derner Auffassung ist die sog. Punktation völlig unbrauchbar ⁵⁹⁾. Zwar meint § 154 I Satz 2 mit der "Aufzeichnung" die Punktation; die Vorschrift ist jedoch bloss als eine ausdrückliche Zurückweisung der Auslegungsregel im Dresdener Entwurf § 82 Satz 1 zu verstehen ⁶⁰⁾.

cc) Im Zusammenhang mit der VV und der Punktation werden die "gentlemen's agreements" und die "heads of agreements" erwähnt ⁶¹⁾. Die Versuche, diese Abreden unter dem Begriff der Punktation ⁶²⁾ oder des VV ⁶³⁾ zu subsummieren, geben keine befriedigende Lösung. Denn die Punktation hat keine Rechtswirkung, während ein VV der meistens erstrebten definitiven Regelung der "gentlemen's agreements" widersprechen würde. Nach der Rechtsprechung des BGH ⁶⁴⁾ ist ~~es~~ es eine Auslegungsfrage, welche Bedeutung die Bezeichnung "gentlemen's agreement" für eine Absprache hat ⁶⁵⁾.

dd) Grundsätzlich sind Verträge formfrei, d.h. sie können allein durch die Willenseinigung der Parteien zustande ⁶⁶⁾. Die in den §§ 125 ff BGB vorgesehenen Formen müssen im Einzelfall entweder vom Gesetz vorgeschrieben oder von den Parteien vertraglich vereinbart sein. Die Nichtbeachtung einer gesetzlichen Form hat die Nichtigkeit eines Vertrages zur Folge (§ 125 Satz 1); das gleiche gilt im Zweifel bei Vernachlässigung der "gewillkürten" Form (§ 125 Satz 2).

(59)- Anders ins Österreich, wo § 885 ABGB die Punktation für rechtsverbindlich erklärt. Durch Auslegung kommt man aber auch dort zum gleichen Ergebnis wie in § 154 I 2 BGB; dazu HENRICH, S. 102.

(60)- So mit Recht FLUME, § 34 6 g, S. 632; vgl. auch ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 163 I, S. 1003; LEHMANN-HÜBNER § 33 IV 1, S. 246. Bei LARENZ, AllgT, wird die Punktation nicht erwähnt.

(61)- HENRICH, S. 107.

(62)- HENRICH, ebenda.

(63)- FRIEDLÄNDER, Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne in Europa, Zürich 1938, S. 36; HENRICH, ebenda.

(64)- BGH LM § 242 (Be 19) BGB.

(65)- Nach ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 145 I A 1, S. 898, sind die im Bereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen getroffenen "gentlemen's agreements" für das Kartellrecht als

Beim Vertragsschluss hat die Form u.a. die Funktion, die Vertragsverhandlungen vom Vertrag selbst abzugrenzen ⁶⁷⁾. Das tritt besonders in der Regelung des § 154 II BGB zutage: der beabsichtigte Vertrag ist im Zweifel nicht geschlossen, bis die vereinbarte Beurkundung erfolgt ist. Zu prüfen ist nun, ob für die Unterscheidung zwischen VV und Vorverhandlungen besondere Regeln angesichts der Form gelten. Bedarf der VV der gesetzlichen Form des HV, so liegt kein verbindlicher VV vor, solange die Form nicht vollzogen ist (§ 125 Satz 1 BGB) ⁶⁸⁾. Dagegen sind nach Ansicht des BGH die Bestimmungen der §§ 154 II, 125 Satz 2 BGB für den VV ohne Bedeutung, wenn der Parteiwille erkennbar dahin geht, nur den entdültigen Vertrag der vereinbarten Form zu unterwerfen ⁶⁹⁾. Die besondere Regel heisst dann: soweit die Formbedürftigkeit auf Parteiwillen beruht, ist es eine Frage der Auslegung, ob sich die vereinbarte Formerfordernis nach dem Willen der Vertragspartner auch auf den VV erstrecken oder nur für den HV gelten soll ⁷⁰⁾. Damit wird der VV praktisch als Alternative zur Wertung von § 154 II BGB aufgestellt. Das zeigt sich schon am Beispiel des Sachverhalts, der diese Entscheidung zugrunde-

(65)- Fortsetzung:

Verträge zu behandeln; vgl. REUSS, aaO, S. 490.

(66)- Prinzip der Formfreiheit oder "Konsensualprinzip", §§ 145 ff BGB; PIKENTSCHER, SchrR, § 12 1, S. 47.

(67)- FLUME, § 15 III 1, S. 263.

(68)- Dass die Berufung auf die Formnichtigkeit gegen Treu und Glauben verstossen kann, bedeutet nicht, dass der Betreffende VV wirksam zustandegekommen ist. Dazu unter II.

(69)- BGH LM § 154 (4) BGB. Zustimmend HENRICH, S. 182 f; FLUME, § 33,7 S. 615 Anm.45. Für bedenklich hält die Entscheidung ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 162 IV 1 Anm. 31, S. 998. An anderer Stelle kommt er jedoch zum gleichen Ergebnis, wenn er bei vereinbarter Form einen formlosen VV für denkbar hält, aus dem auf Abschluss des erzielten Vertrags in der verabredeten Form geklagt werden kann (S. 972 Anm. 11).

(70)- Der Satz ist im Schrifttum übernommen worden, vgl. LARENZ, Schr I, § 6 III, S. 77; PALANDT-DANCKELMANN, Einf. vor § 145 Anm. 4; ENNECCERUS-NIPPERDEY, S. 999 Anm. 32.

lag ⁷¹⁾: Das LG bezeichnete die strittige Vereinbarung als endgültigen Vertrag mit der Abrede der späteren Beurkundung, während das OLG sich für einen VV entschied. Im Rechtsstreit ging es in Wirklichkeit darum, ob die vereinbarte Form konstitutive oder deklaratorische Bedeutung hatte. Gerade weil diese Feststellung oft schwierig ist, bestimmt § 154 II BGB, dass im Zweifel die Form konstitutive Bedeutung hat ⁷²⁾. Insofern kann man im vorliegenden Fall von einem **unechten** VV sprechen, **obgleich** der Entscheidung im Ergebnis zuzustimmen sein mag ⁷³⁾.

b) VV und endgültiger Vertrag

Vom endgültigen Vertrag unterscheidet sich der VV dadurch, dass die Verpflichtung zum Abschluss eines anderen Vertrages begründet, während der endgültige Vertrag eine (direkte) Leistungspflicht enthält. So klar dieser begriffliche Unterschied ist, so schwierig scheint die Abgrenzung in der Praxis. In den oben (§ 2) angeführten Beispielen von VV zeigt sich, dass die Parteien ziemlich selten einen VV als solchen ~~benennen~~ benennen. Gewiss kommt es nicht auf die Bezeichnung an, denn "falsa demonstratio non nocet". Massgebend ist vielmehr der Parteiwillen. Kann der Richter im Wege der Vertragsauslegung nicht feststellen, ob ein VV oder ein endgültiger Vertrag vorliegt, soll eine besondere Auslegungsregel eingreifen: im Zweifel haben die Parteien einen endgültigen Vertrag abgeschlossen ⁷⁴⁾.

(71)- Siehe oben § 2 V 6 c.

(72)- Den gleichen Sinn gibt der Vorschrift auch FLUME, § 15 II 2, S. 257.

(73)- Problematisch ist auch die Beweislast-Verteilung. Zur Beweislast in den Fällen von § 154 BGB vgl. BLOMEYER, Zivilprozessrecht, § 70 III, S. 354.

(74)- RG 86, 30 (31); BGH LM § 256 (40) ZPO; BGH NJW 1962, 1812 (1813); BGH WM 1963, 662; HENRICH, S. 114.

Der Satz beruht auf der Feststellung, dass die Parteien in der Regel endgültige Verträge und nicht VV abschliessen. Das ist zweifellos richtig. Dennoch ist die Auslegungsregel für die Abgrenzung des VV gegenüber dem HV völlig unbrauchbar, weil bis jetzt die Parteien noch nie darum gestritten haben, ob ein VV oder ein HV zustandegekommen ist, sondern ob überhaupt eine vertragliche Bindung vorliegt ⁷⁵⁾. Die Regel hat also keinen Sinn nur für die Unterscheidung des VV von einem HV ⁷⁶⁾. Sie gewinnt erst dann eine Bedeutung, wenn sie im Zusammenhang mit den gesamten Ausführungen der Entscheidungen verstanden wird, in denen sie aufgestellt wurde ⁷⁷⁾. Die übliche Formel ist: "Der Abschluss des VV bildet eine Ausnahme. Die Regel ist der Abschluss eines sofort wirksamen HV. Es müssten deshalb besondere Gründe vorliegen, aus denen die Parteien ohne Abschluss eines HV schon eine Bindung hinsichtlich des Abschlusses eines künftigen Vertrages gewollt hätten". ⁷⁸⁾ Das Gewicht liegt also in der vertraglichen Bindung schlechthin.

Hat der Richter festgestellt, dass ein Vertrag zustandegekommen ist ⁷⁹⁾ dann richtet sich die Ermittlung seines Inhalts nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung, insbesondere nach §§ 157, 242 BGB. Wenn die Rechtsprechung eine besondere Begründung für die Annahme des VV verlangt ⁸⁰⁾, soll es nicht bedeuten, dass der VV aus "vernünftigen" Gründen abgeschlossen sein muss ⁸¹⁾. Denn das Grundgebot jeder Ver-

(75)- Vgl. die Beispiele oben § 2.

(76)- So aber HENRICH, S. 113 f, 118.

(77)- Vgl. auch BGH WM 1969, 919: "Grundsätzlich bedarf die Annahme eines VV besonderer Begründung, weil für den Regelfall anzunehmen ist, dass die Parteien einen HV abschliessen wollen, wenn sie sich gebunden haben, und dass, wenn ein HV nicht zustandegekommen ist, ⁸⁵ an der auch für den VV erforderlichen Bindung fehlt."

(78)- BGH WM 1963, 662; in ähnlichem Sinn auch die in Anm. (74) zitierten Entscheidungen.

(79)- Dazu oben a).

(80)- Statt aller BGH LM § 256 (40) ZPO: "(es) müssen irgendwelche Gründe vorhanden sein, weswegen die Parteien ... (einen VV

tragsauslegung ist die Respektierung der getroffenen rechts-
 schäftlichen Regelung, auch wenn sie "töricht" oder "unnötig" er-
 scheinen mag ⁸²⁾. Vielmehr hängen die "rechtlichen oder tatsäch-
 lichen Gründe", die zum Abschluss des VV geführt haben, mit der
 Art und Weise der VV-Leistung zusammen ⁸³⁾. Schliesslich spricht
 man von besonderen Schwierigkeiten hinsichtlich der Abgrenzung des
 VV von einem bedingten HV, wobei die Neigung zur Annahme eines be-
 dingten HV besteht ⁸⁴⁾. In der Tat wird die Auffassung vertreten,
 bei Formgleichheit des Vor- und Hauptvertrages sei der einseitige
VV als bedingter HV oder als bindende Offerte auszulegen. ⁸⁵⁾ Das
 ist aber eine Anwendung des Durchgriffsgedankens ⁸⁶⁾ auf die options-
 ähnlichen Vereinbarungen und hierfür gelten die Kriterien für die
 Unterscheidung zwischen Option und VV. Beim zweiseitig bindenden VV ~~ka~~
 kann die Abgrenzung vom bedingten HV insofern schwierig sein, als
 der Abschluss des HV oft vom Eintritt bestimmter Umstände abhängig
 gemacht wird. Dann ist es aber eine Auslegungsfrage, ob die Par-
 teien die Vertragswirkung mit Bedingungseintritt haben wollen, oder
 ob sie nach Erfüllung der vorgesehenen Voraussetzungen nochmals
 contrahieren wollen ⁸⁷⁾.

c) VV und Optionsvertrag

Unter einem Optionsvertrag versteht man den Vertrag, in dem einer
 Partei das Recht eingeräumt wird, durch einseitige Erklärung einen

-
- (80)- Fortsetzung:
 abgeschlossen haben). Das Berufungsgericht hat keinen derarti-
 gen Grund festgestellt, die Klägerin hat auch keinen behauptet".
- (81)- Das scheint jedoch der Sinn dieser Erfordernisse zu sein" vgl.
 vorige Anm.
- (82)- FLUME, § 16 4 d, S. 326.
- (83)- Dazu unten IV und § 6.
- (84)- HENRICH, S. 116.
- (85)- BLOMEYER, SchrR, § 18 III 1, S. 77.
- (86)- Vgl. oben § 1 III.
- (87)- Im übrigen hat die Frage, soweit ersichtlich, die deutschen
 Gerichte nicht beschäftigt (vgl. oben § 2). HENRICH hat hier

Vertrag zustandebringen⁸⁸⁾. Der Ausdruck Option wird allerdings in sehr unterschiedlichem Sinn verwendet⁸⁹⁾. Im Privatrecht spricht man davon im Zusammenhang mit Börsengeschäften, Patentvereinbarungen, Verlagsverträgen, Grundstückskäufen, Mietvertragsverlängerungen usw. Es handelt sich um einen internationalen Rechtsbegriff, dessen Geschichte im deutschen Recht wenig erörtert worden ist⁹⁰⁾. In der Gerichtspraxis erscheint der Ausdruck zuerst zur Bezeichnung von Klauseln über die einseitige Verlängerung eines Mietvertrages⁹¹⁾. HENRICH⁹²⁾ meint, der Optionsvertrag habe sich aus dem einseitig bindenden VV entwickelt. Das ist nur zum Teil richtig; vielmehr haben die zivilrechtlichen Optionsvereinbarungen in den gleichnamigen Abmachungen des Handelsrechtes ihren Ursprung: Den heutigen Optionsvertrag kann man als eine einheitliche Form von zwei Vertragstypen auffassen, des handelsrechtlichen Prämiengeschäftes⁹³⁾ und des einseitigen VV, bei dem sich der Durchgriffsgedanke durchgesetzt hat⁹⁴⁾. Über das handelsrechtliche Optionsgeschäft berichtet VOLLENWEIDER⁹⁵⁾ in einer sehr wenig beachteten Arbeit⁹⁶⁾, wo die

(87)- Fortsetzung:

- die ausländische Rechtssprechung im Auge.
- (88)- BGH WM 1968, 100 (103); FLUME, § 33, 7, S. 615; ENNECCERUS-NIPPERDEY, S. 998 Anm. 28; FIKENTSCHER, SchR, § 23 II A 1 b, S. 95; LARENZ, SchR, II, § 40 IV, S. 209. Für ein~~e~~ Vertragsangebot hält die Option STAUDINGER-COING, Vorbem 21 b vor § 145.
- (89)- Vgl. LORENZ, Vorzugsrechte, S. 110; LARENZ, DB 1955, 209; HENRICH, S. 229.
- (90)- Vgl. HENRICH, S. 13, der auf die rechtsgeschichtlichen Ausführungen BLOMEYERS (promesse) verweist, wo aber die Entwicklung des Durchgriffs beim Verkaufsversprechen in den Romanischen Rechten dargestellt wird. Die spätere gemeinrechtliche Lehre kennt den Ausdruck nicht und spricht bei ähnlichen Tatbeständen vom Versprechen zur "Aufrechterhaltung eines Offerts" (BRINZ, Pandekten, IV, § 575, S. 328).
- (91)- HENRICH, S. 14 f und die dort (Anm. 70) zitierte Entscheidung des Kammergerichts OLG 8, 396. Diese Erscheinungsform der Option ist den Gerichten noch heute vertraut, vgl. BGH, ebenda, wo eine Verlängerungsklausel als Option qualifiziert wird, obwohl im Vertrag das Wort Option nicht steht.
- (92)- S. 13.
- (93)- Anders: Optionsgeschäft; daher auch das ~~BM~~ Bindungsentgelt (= Prämie).

Entwicklung der Option als eines vom VV unabhängigen und selbständigen Rechtsinstituts dargestellt wird. VOLLENWEIDER erwähnt eine Schrift von RICHARD ⁹⁷⁾, der für die Zeit um 1700 drei Formen des Handelskaufs unterscheidet: *Marché ferme*, *marché conditionel* und *marché à option* ⁹⁸⁾. Es gibt folgende Definition: *La liberté qu'a le donneur de la prime de faire livrer ou recevoir la merchandise ainsi contractée, s'appelle "option"* ⁹⁹⁾. Von gleicher Bedeutung waren damals dann die Ausdrücke "*marché à prime*" und "*marché à option*". Über dieses kaufmännische Optionsgeschäft ¹⁰⁰⁾ ist die Option in den bürgerlichen Rechtsverkehr eingeführt und mit dem einseitigen Verkaufsversprechen (VV also) verschmolzen. Dass zwei verschiedene Rechtsfiguren in der heutigen Option verbunden sind, zeigt sich auch darin, dass in den von BLOMEYER untersuchten Tatbeständen der *promesse de vente* das Bindungsentgelt fast keine Rolle spielt, während es für die Option HENRICHS besondere Bedeutung hat ¹⁰¹⁾.

- (94)- Die Meinung HENRICHS (ebenda), aus dem Versprechen eine Sache zu verkaufen, würde das Versprechen eine Sache auf Verlangen zu liefern, entspricht nicht der geschichtlichen Entwicklung, denn hier ging es um Grundstückskäufe, wobei keine "Lieferung" stattfindet, sondern die Rechtsübertragung immer durch Willenserklärung bzw. deren Transkription erfolgt. Im Rechtsverkehr mit Fährnissen dürfte das Problem kaum erscheinen; vgl. BLOMEYER, *promesse*, S. 275 f, 277 f und *passim*.
- (95)- Die Option im Handelsrecht, Abhandlung zum schweizerischen Recht, Nr. 76, Bern 1917.
- (96)- Weder HENRICH noch BLOMEYER haben diese Schrift berücksichtigt, obwohl sie von ROTH zitiert wird (ROTH, S. 163, Anm. 3).
- (97)- RICHARD, *Le négoce d'Amsterdam*, Rouen 1723.
- (98)- RICHARD, aaO. S. 60.
- (99)- RICHARD, ebenda; Er bezeugt auch die Verbreitung des Optionsgeschäfts: *on negocie tant en marché ferme qu'en primes*.
- (100)- Vgl. GAREIS, Über die juristische Natur der kaufmännischen Prämiengeschäfte, in: *Siebenhaars Archiv*, Bd. 18, 123, zitiert von VOLLENWIEDER, ~~xxx~~ aaO, S. 4.
- (101)- HENRICH, S. 245 ff, 267, 270, 277 f.

Als Optionsvertrag bezeichnet man in der Lehre u.a. den Vertrag, durch den ein "Ankaufsrecht" ¹⁰²⁾ begründet wird. Die Rechtssprechung verwendet diesen Ausdruck dafür nicht, sondern hält die Einräumung des Ankaufsrechts in drei verschiedenen Formen für möglich. ¹⁰⁴⁾ In einem bindenden Vertragsangebot, einem (potestativ) bedingten Vertrag und einem (einseitigen) VV ¹⁰⁵⁾. In solchen Fällen stellt sich die Frage nach der Abgrenzung des einseitigen VV ¹⁰⁶⁾ vom Optionsvertrag, wobei als Optionsvertrag das vertraglich abgegebene Verkaufsangebot gewertet wird ¹⁰⁷⁾. Die Antwort hängt von der Vertragsauslegung ab ¹⁰⁸⁾. Gibt es aber besondere Kriterien für die Annahme der einen oder anderen Auslegung? HENRICH ¹⁰⁹⁾ stellt auf die Zeitbestimmung ab: verpflichtet sich eine Partei, zu einem bestimmten Zeitpunkt einen Vertrag zu schliessen, so soll ein VV vorliegen. Dagegen handle es sich in Wahrheit um einen Optionsvertrag, wenn eine Partei sich bereiterklärt hat, bis zu einem bestimmten

(102)- Dazu oben § 2 II 1 b.

(103)- HENRICH, S. 229; FIKENTSCHER, Schr, § 23 II A 2 b, S. 95 f; LARENZ, Schr II, § 40 IV, S. 109.

(104)- BGH LM § 433 (16) BGB; BGH WM 1966, 781; BGH WM 1968, 249. So schon RG 169, 65 (70 f).

(105)- Als Befürworter des Durchgriffs beim VV hält BLOMEYER (promesse S. 302) nur die zwei ersten Rechtsformen für möglich. Praktische Folge: Beim Grundstückskauf bedarf die Annahme des Angebots der notariellen Form (§ 313 BGB), während die Willensbedingung formfrei erfolgen kann. Die Fragwürdigkeit der Unterscheidung ist ~~im~~ ihm jedoch bewusst (ebenda, Anm 230). Gegen die Qualifikation solcher Vereinbarungen als potestativ bedingte Verträge HENRICH, S. 237 ff.

(106)- Die Unterscheidung zwischen zweiseitigen VV und Optionsvertrag bereitet keine Probleme. Möglich ist allerdings ein "zweiseitiger" Optionsvertrag, in dem z.B. zwei Miterben einander das Recht einräumen, durch einseitige Erklärung den Anteil des anderen käuflich zu erwerben. Hier könnte fraglich sein, ob ein Options- oder ein Vorvertrag vorliegt.

(107)- Die h.L. sieht im Optionsvertrag ein Vertragsangebot enthalten; vgl. STAUDINGER-COING, Vorbem 21 b ~~zum~~ vor § 145; HENRICH, S. 241 f.

(108)- In diesem Sinn auch der BGH, siehe Anm. 104.

(109)- S. 233.

Zeitpunkt einen Vertrag zu schliessen. Das zeitliche Kriterium ist jedoch unsicher; denn es kommt nur darauf an, ob die Parteien nochmal kontrahieren, oder auf Verlangen sofort leisten wollen.

HENRICH gibt selbst zu, dass auf diese Weise ein Durchgriff im Sinne BLOMEYERS ~~ermächt~~ wird. Der Durchgriff soll aber den circulus inutilis eines nochmaligen Kontrahierens dort beseitigen, wo die Parteien ihn gerade gewollt haben. Dagegen geht der Parteiwille beim Optionsvertrag per definitionem dahin, dass mit der Optionsausübung der erzielte Vertrag ohne weiteres zustandekommt. Die ganze Lehre vom Optionsvertrag beruht auf diesem Unterschied, der sich nicht auf eine Vermutung über die Funktion der Zeitbestimmung **reduzieren lässt** ¹¹⁰⁾. Ein Beispiel für die Unterscheidung zwischen Optionsvertrag und VV gibt auch das oben erwähnte Formular eines "Options- oder Vorvertrages zu einem Patentkauf" ¹¹¹⁾: Aus dem Text geht eindeutig hervor, dass die Parteien nochmals kontrahieren wollen, und dass ein Sachverständiger Nebenabreden des abzuschliessenden Vertrags festsetzen soll, wenn sich die Parteien nicht darüber einigen können. Für den endgültigen Patentkauf ist ferner ein Vertragsmuster vorgesehen. Trotzdem ist im VV die Rede von "fristmässiger Optionsausübung"; ausserdem wird eine "Optionssumme" (=Bindungsgeld) bezahlt.

d) VV und Rahmensvertrag

Vom VV ist der Rahmenvertrag zu unterscheiden. Er hat mit ihm gemeinsam, dass auch er den Abschluss weiterer Verträge ins Auge fasst,

(110)- Die Forderung, beim VV die Klage auf Abgabe der Willenserklärung zu vermeiden, ist nicht mit der Fiktion eines Optionsvertrages zu erfüllen. Dafür bietet sich vielmehr eine Lösung, die insbesondere den Parteiwillen berücksichtigt; dazu unten § 6.

(111)- § 2 V 6 a.

die man Einzelverträge nennen kann ¹¹²⁾. Meistens enthält er aber keine Abschlusspflicht. Möglich ist es allerdings, dass ein Rahmenvertrag eine Abschlusspflicht begründet; dann ist er zugleich VV. Kriterien der Unterscheidung sind, dass der Rahmenvertrag im Gegensatz zum VV den Abschluss mehrerer Verträge vorsieht, und dass der Abschluss des Einzelvertrages nicht das Erlöschen des ursprünglichen Schuldverhältnisses zur Folge hat wie beim VV ¹¹³⁾.

3. Der VV im Vertragssystem des BGB

Verträge lassen sich nach mehreren Gesichtspunkten einteilen. So spricht man von verschiedenen Vertragsarten: von schuldrechtlichen, dinglichen, familien- und erbrechtlichen Verträgen, typischen und atypischen, einseitigen und gegenseitigen Verträgen usw. Der VV ist auch eine Vertragsart. Als solche wird er dem endgültigen Vertrag gegenübergestellt. Für die Stellung des VV im zivilrechtlichen System unterscheidet DEGENBOLB ¹¹⁴⁾ zwischen dessen "rechtlicher Natur an sich" und der Einordnung der Lehre von den VV in die systematische Darstellung der Verträge. Was die Rechtsnatur des VV betrifft, sieht DEGENBOLB von einer Auseinandersetzung mit früheren Ansichten ab ¹¹⁵⁾. Ihn interessiert vielmehr die systematische Einordnung. Die übliche Stellung der Lehre vom VV in der Lehre vom Vertragsschluss ¹¹⁶⁾ weist

(112)- FIKENTSCHER, SchrR, § 24 1, S. 96; näheres oben § 2 V 8.

(113)- Als Vertragsart ist der Rahmenvertrag bisher kaum erörtert. Ausser Zweifel steht, dass er ein Dauerschuldverhältnis begründet, für das die betreffenden allgemeinen Regeln (etwa Kündigung aus wichtigem Grund) gelten. Die Formulierung HENRICHS (S. 117), die Grund- oder Rahmenverträge stünden zwischen VV und definitivem Vertrag, hat weder einen systematischen noch einen praktischen Wert.

(114)- § 7, S. 50 f.

(115)- Wie etwa jene von BRINZ, der VV sei ein "ungenannter Consensualcontract" (Pandekten, IV, 2. Aufl. 1892, § 574, S. 325; LOTMAR nimmt es als eine Zustimmung DEGENBOLBS an, ebenda Anm. 5). Oder jene von SINTENIS, die VV seien gegenseitige Verträge (das praktische gemeine Civilrecht, Band II (1847), § 96, S. 249.

(116)- Vgl. WINDSCHEID, Pandekten, II, § 310.

DEGENGOLB zurück. Nach seiner Auffassung gehört die VV-Lehre zur Lehre von den Objekten der Verträge oder von den Arten der obligatorischen Leistungen ¹¹⁷⁾. Diese Meinung konnte sich dennoch nicht durchsetzen ¹¹⁸⁾. Während in den Kommentaren der VV in den Vorbemerkungen vor § 145 BGB behandelt wird ¹¹⁹⁾, erwähnen v.THUR ¹²⁰⁾ und ENNECCERUS ¹²¹⁾ den VV im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Annahme eines Vertragsangebots. Die Kommentare haben bis heute an dieser Anordnung festgehalten ¹²²⁾. Bemerkenswert ist die Einordnung des VV in die Problematik des § 154 BGB bei OERTMANN ¹²³⁾. In den systematischen Darstellungen wird heute der VV nicht nur im allgemeinen Teil des BGB ¹²⁴⁾ sondern auch im allgemeinen Schuldrecht behandelt ¹²⁵⁾. Im Schuldrecht geht man von der Verpflichtung zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch den VV aus ¹²⁶⁾. HENRICH SIEHT in seiner Arbeit über den VV von der Frage nach der Stellung des VV im System des BGB ab. Eine neue Einordnung findet sich bei FIKENTSCHER ¹²⁷⁾. Er behandelt den VV unter dem Titel "VV und andere vorläufige Verträge" und stellt fest, dass der VV nur eine Möglichkeit unter vielen zur Regelung einer bestimmten Interessenslage sei. Unter vorläufigen Verträgen versteht FIKENTSCHER ¹²⁸⁾ den

(117)- DEGENGOLB, ebenda.

(118)- BREIT, Die Willenserklärung als Äußerung und Leistungsgegenstand nach dem deutschen BGB in Gruchot Beiträgen 55 (1911), S. 1 ff hat versucht, diese Einsicht im einzelnen zu entwickeln.

(119)- Nachweise bei ROTH, S. 79, Anm. 5.

(120)- Band II, 1, S. 493.

(121)- Zehnte Bearbeitung, § 153; jetzt ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 162, IV 1, S. 998; so auch LEHMANN, jetzt LEHMANN-HÜBNER, § 33, III 4 b, S. 245.

(122)- STAUDINGER-COING, Vorbem 20 ff; SOERGEL-SIEBERT, Bem. 20; BGB-RGRK (KRÜGER-NIELAND) Anm 13 f; ERMANN(-HEFERMEHL) Vorbem VI; PALANDT-DANKELMANN, Anm. 4.

(123)- BGB, 1. Buch, Allg. Teil, 3. Aufl. 1927, § 154, Bem. 4.

(124)- ENNECCERUS-NIPPERDEY, ebenda; LEHMANN-HÜBNER, ebenda; FLUME, § 33, 7, S. 613; LANGE, § 39, II 4.

(125)- BLOMEYER, SchR, § 18 III 1, S. 76; LARENZ, SchR I, § 6, III, S. 75 f; FIKENTSCHER, SchR, § 23 I, S. 93 ff.

(126)- siehe vorige Anm.

(127)- SchR, § 23, S. 39 ff.

(128)- AaO, S. 95.

Vertrag mit dem die Parteien wirtschaftlich ein beiderseitiges Interesse verfolgen, sich vorläufig an etwas zu binden, unter Vorbehalt oder unter zeitlicher Verschiebung der späteren endgültigen Regelung. Die Untergliederung der wichtigeren vorläufigen Verträge lautet:

A. Vorläufige Verträge mit aufgeschobenem HV

1. An den HV bindende vorläufige Verträge

a) zweiseitig bindender VV,

b) einseitig bindende Verträge:

aa) Vorhand

bb) Option : Ankaufrecht, Vorkaufrecht, Wiederkaufrecht,
"reine Option".

2. An den HV nicht bindende vorläufige Verträge

a) Besichtigungsvertrag,

b) Kauf auf Probe

B. Hauptverträge mit vorläufigem Charakter

1. Rücktrittsvorbehalt.

2. Umtauschvorbehalt.

Merkwürdigerweise bietet diese Klassifizierung eine Übersicht von Vertragstatbeständen aus dem Bereich des Kaufrechts ¹²⁹⁾, die früher als VV qualifiziert worden sind ¹³⁰⁾. Man könnte ja sagen, dass der "vorläufige" Vertrag ein "Vor-Vertrag" im weitesten Sinne ist. Bei den vorläufigen Verträgen tritt allerdings nicht die Abschlusspflicht in den Vordergrund ¹³¹⁾, sondern ihr gemeinsames Merkmal ist, dass sie eine vertragliche Regelung begründen, welche demnächst geändert oder

(129)- Auf andere Schuldverträge können nur einige dieser Rechtsformen angewendet werden.

(130)- Vgl. oben §§1I, 2.

(131)- Sie sind also keine pacta de contrahendo.

aufgehoben werden soll ¹³²⁾. Die Unterscheidung der Schuldverträge in "vorläufigen" und "endgültigen" Verträgen kann dennoch keine Bedeutung haben, solange es keine Regeln gibt, die besonders für die eine oder andere Gruppe gelten. Solche Regeln sind aber nicht ersichtlich.

Schliesslich betrachtet BRÜGGEMANN den VV als "Element eines Stufenvorganges" ¹³³⁾. Dabei ist der VV die erste, der HV die zweite und das Erfüllungsgeschäft die dritte Stufe. BRÜGGEMANN stellt auf die kausale Verknüpfung dieser Verträge ab: der HV ist der Rechtsgrund für das Erfüllungsgeschäft, während Vor- und Hauptvertrag gegenseitig eine "causa" bilden ¹³⁴⁾. Damit wird der VV in das System der Rechtsgeschäfte einbezogen. Zu der traditionellen Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungs(=Erfüllungs-)Geschäften kommt die VV hinzu, so dass der Stufenvorgang BRÜGGEMANNs in Wahrheit heisst: VV (=obligatorischer Vertrag), Verpflichtungsgeschäft (=HV), Erfüllungsgeschäft (=dinglicher Vertrag). Dieses Schema hat den Vorteil, dass es die zwei besonderen Merkmale ¹³⁵⁾ des VV-Begriffs berücksichtigt. So unanfechtbar diese Analyse sein mag, so lässt sie eine zentrale Frage unbeantwortet: Muss jedesmal der VV-Gläubiger auf Abgabe einer Willenserklärung klagen (einmal für den HV und nochmal für das Erfüllungsgeschäft) bis er die Leistung selbst verlangen kann? Konsequenterweise müsste man die Frage bejahen. Das würde etwa bei einem Kauf-VV bedeuten: Klage auf Abgabe der Erklärung zum Abschluss des HV (vgl. § 894 ZPO), Klage auf Abgabe der Erklärung

(132)- Nicht muss, denn der Berechtigte braucht sein Recht nicht auszuüben.

(133)- S. 204 Sp. 1. Der Gedanke des Stufenvorgang ist nicht neu; im Zusammenhang mit dem Verkaufsversprechen (=VV) spricht RAAPE (Die Wollensbedingung, Festschrift für BRÜNNECK, im Sonderheft, S. 36 ff) von einer "Etappe auf dem Werdegang des ganzen Vertrags".

(134)- S. 206, Sp. 2.

(135)- "Obligatorischer Vertrag zum Abschluss eines obligatorischen Vertrags".

nach §§ 929 S. 1 bzw. 925 BGB und auf Herausgabe der Sache. Eine solche Lösung ist recht unpraktisch. Hält man sich vor Augen, dass die grundsätzliche ¹³⁶⁾ Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft nicht nur bei Bargeschäften des täglichen Lebens, sondern auch bei etwa Grundstückskäufen (vgl. § 925 a BGB) beseitigt wird ¹³⁷⁾, so ist es unzweckmässig, ein Vertragssystem zu konstruieren, in dem zwei Verpflichtungsgeschäfte dem erzielten Leistungsgeschäft vorangehen. Die oben (§ 2) dargestellten VV-Tatbestände zeigen, dass in der Praxis ein solcher "Vorgang" vollständig nicht durchgeführt wird. Ausserdem weist jeder Tatbestand Besonderheiten auf, welche die Annahme nahelegen, dass eine besondere Vertragsart wieder VV der h.L. unbrauchbar ist. Wird aber der selbständige VV-Begriff in Frage gestellt, so kann seine Stellung im Vertragssystem nicht bestimmt werden, bevor diese Frage geklärt ist. Die ausländischen Regelungen geben hierzu beachtliches Material und viele Ansätze. So ist die Einordnung des VV in das System des BGB erst nach der Darstellung der Funktion des VV in anderen Rechtsordnungen und im Zusammenhang mit den kritischen Bemerkungen zur Lehre vom VV zu behandeln (unten § 6).

II. Die Form des Vorvertrages

1. Von besonderer Bedeutung für die Entwicklung der Lehre vom VV ist die Frage nach der Form der als VV bezeichneten Vereinbarungen. In der Lehre war diese Frage lange Zeit sehr umstritten, während die Rechtsprechung zumindest in ihren Begründungen nicht immer konsequent war. Heute hat sich eine allgemein h.M. und eine ständige Rechtsprechung gebildet, gleichwohl bleibt in praktischer Hinsicht

(136)- Das Gesetz regelt ja nicht alle Verträge als reine Verpflichtungsgeschäfte, vgl. neben den Realverträgen etwa §§ 398, 414, 387, 779 BGB.

(137)- Dass Verträge nicht nur als Versprechens- sondern auch als Handgeschäfte abgeschlossen werden können, wird heute allgemein anerkannt, BLOMEYER, Schr § 20 III 3, S. 98.

noch vieles unklar.

So selbstverständlich wie es sein mag, so muss doch betont werden, dass es sich hierbei nicht um die Form des VV schlechthin, sondern um die Form des VV zu einem formbedürftigen HV handelt. Denn nach dem Grundsatz der Formfreiheit kann es kein Problem über die Form des VV zu einem formfreien HV geben ¹³⁸⁾.

2. Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ¹³⁹⁾ fiel die Lösung des Problems der Wissenschaft und der Rechtsprechung zu ¹⁴⁰⁾.

In der späteren gemeinrechtlichen Lehre wurden drei Meinungen darüber vertreten:

- a) der VV ist stets formlos gültig ¹⁴¹⁾;
- b) der VV zu einem formbedürftigen HV bedarf dessen Form ¹⁴²⁾;
- c) es kommt auf den Text der Formvorschrift an, ob die Form des VV auf den HV übertragen werden muss ¹⁴³⁾.

Die erste Meinung setzt die "classische" Unabhängigkeit ¹⁴⁴⁾ des VV von HV voraus, und beruht auf dem Grundsatz der Formfreiheit.

Hauptargument der zweiten Auffassung sind einerseits die "materielle Einheit" von VV und HV und andererseits der Gedanke, dass keine Umgehung der Formnormen auf dem Weg über einen VV zugelassen werden kann. Die dritte differenzierende Ansicht fordert die Form des HV dann für den VV, wenn die Formbestimmung die "Verhütung von Über-eilung" ¹⁴⁵⁾ bezweckt; dagegen ist der VV formlos gültig, wenn diese Bestimmung nur eine Beweisfunktion hat oder dem HV einen besonderen Rechtscharakter (z.B. Wechsel) verleihen soll ¹⁴⁶⁾.

(138)- Zu dem Problem der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form vgl. unten §.

(139)- Im Gegensatz zu ausländischen Regelungen (dazu unten §§ 4,5) ist die Form weder im BGB noch in anderen Gesetzen geregelt.

(140)- Die MOTIVE geben auch in Frage "Form des VV" keine Auskunft.

(141)- GÖPPERT, S. 416; ADLER, S. 224; BRINZ, Pandekten IV, § 574, S. 325.

(142)- So das Reichsgericht zB RG 43, 136; 48, 186; 50, 47. Diese Regelung sah auch der Entwurf eines BGB für das Königreich Bayern von 1861 (Teil II, Buch 1, Art 19) vor; vgl. WABNITZ, S. 79.

(143)- DEGENGOLB, S. 37 f, 79; DERNBURG, Lehrbuch des preussischen Privatrechts Bd II, § 43, S. 105; WINDSCHEID, aaO § 310.

3. Da sich mit der Einführung des BGB die rechtliche Situation im Thema VV nicht geändert hat, wurde der Streit über die Form des VV weitergeführt ¹⁴⁷⁾. Heute stellt die allgemein h.L. ¹⁴⁸⁾ auf den Zweck der Formvorschrift ab, eine Lösung, die das RG mit einer Entscheidung vom 20.11.1914 ¹⁴⁹⁾ eingeführt hat. Dort heisst es: "Der Satz, dass ein VV derselben Form bedarf, die das Gesetz für den HV vorschreibt, gilt nicht ausnahmslos, vielmehr bestimmt sich nach Inhalt und Zweck der Formvorschrift, ob sie sich auch auf den VV zu dem formbedürftigen HV erstreckt". In späteren Entscheidungen ¹⁵⁰⁾ hat das RG für alle VV die Form des HV verlangt, ohne jedoch im Ergebnis seine frühere Rechtsprechung zu ändern ¹⁵¹⁾. Die Lehre hat diese differenzierende Lösung verschieden formuliert. Mit HENRICH ¹⁵²⁾ kann man zunächst zwei Tendenzen unterscheiden. Für manchen bedarf der VV grundsätzlich der Form des HV, es sei denn, dass eine formlose Bindung durch den VV dem Zweck der Formnorm nicht entgegensteht. Andere behaupten, dass der VV grundsätzlich formfrei ist, und dass er nur dann der Form des HV bedarf, wenn sie die Parteien vor Übereilung schützen soll ¹⁵³⁾. Dabei handelt es sich also darum, was die Regel und was die Ausnahme ist ¹⁵⁴⁾. Ein Beispiel für die Unklarheit,

(144)- So ADLER, ebenda.

(145)- DEGENGOLB, ebenda.

(146)- Vgl. die in Anm. 143 genannten.

(147)- Ausführliche Nachweise bei ROTH, S. 91 f.

(148)- Siehe BLOMEYER, Schr § 20 I 3; ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 164 IV 1; LARENZ, Schr, § 6 II, S. 76; LEHMANN(-HÜBNER) § 33 III 4 b, S. 245; LANGE, AllgT, § 39 II 4. Ferner die Kommentare zu § 145: STAUDINGER-COING, Vorbem 21 a; PALANDT-DANCKELMANN, Einf, Bem 4; SOERGEL-SIEBERT, Einf VIIX; ERMANN, Einf. VI; BGB-RGRK "KRÜGER-NIELAND" Nr. 13. Angaben über die frühere Literatur bei HENRICH, S. 148. Neuerdings abweichend FIKENT-SCHER, § 23 I 4 a, S. 94.

(149)- RG 86, 30 (32).

(150)- RG 106, 176; 112, 200.

(151)- In diesem Sinn auch ENNECCERUS-NIPPERDEY, aaO, Anm. 32 (S.999).

(152)- S. 149.

(153)- Nachweise bei HENRICH, ebenda.

(154)- Vgl. HENRICH, ebenda.

die darüber herrscht, geben die Ausführungen im RGRK, wo einerseits das uneingeschränkte Formerfordernis mit der Ausnahme "aus praktischen Erwägungen" für die Form des § 566 BGB, andererseits die grundsätzliche Formlosigkeit (!) und ein Grundsatz über die Form des VV zu dinglichen Einigungen im Liegenschaftsrecht nebeneinander erwähnt werden ¹⁵⁵⁾. Ist man sich aber darüber einig, dass die Übertragung der Form vom Zweck der Formbestimmung abhängt, so hat es keinen Sinn, von "Grundsätzen", "Regeln" und "Ausnahmen" zu reden. Die Form des HV gilt auch für den VV eben dann, wenn es der Zweck der Formvorschrift fordert ¹⁵⁶⁾.

4. Mit der Annahme, dass sich die Formbedürftigkeit nach dem Zweck und Inhalt der Formvorschrift richtet, beginnt die eigentliche Problematik, denn es stehen weder die Zwecke aller Formvorschriften noch die Notwendigkeit ihrer Anwendung auf dem VV fest. So betrachtet man zunächst sämtliche Formbestimmungen und sucht nach ihrem Zweck. Dabei greift man sozusagen auf eine "Lehre vom Zweck der Formvorschriften" zurück ¹⁵⁷⁾, nach der sich die Formbestimmungen in zwei Hauptgruppen teilen: Formnormen, die dem Schutz eines oder beider Beteiligten dienen, und Formnormen, die bloss eine Beweissicherung bezwecken ¹⁵⁸⁾. Liegt eine Vorschrift aus der ersten Gruppe vor, so bedarf der VV der Form des HV; sonst ist er formlos gültig. ¹⁵⁹⁾ Im Schrifttum über den VV pflegt man zwischen mehreren Zwecken der

(155)- Undeutlich auch PALAND-DANCKELMANN ebenda; STAUDINGER-COING ebenda.

(156)- In diesem Sinn richtig ENNECCERUS-NIPPERDEY, ebenda und BLOMEYER, ebenda.

(157)- Vgl. die Ausführungen in den Gesamtdarstellungen, oben Anm 148.

(158)- Hierbei geht es um Formen, die nach dem Ausdruck FLUMES (§ 15 I 1, S. 245) ein Attribut des Rechtsgeschäftes sind. Anders steht es mit der Wechselform, die ein "Absolutum" darstellt (FLUME, ebenda).

(159)- Vgl. die in Anm. 148 Zitierten.

Formbestimmungen zu unterscheiden ¹⁶⁰⁾. HENRICH ¹⁶¹⁾ wiederholt einen Katalog von acht Zwecken, denen nach HELDRICH ¹⁶²⁾ die Formnormen dienen sollen, und verbindet diese Aufstellung mit Ausführungen über die Frage, ob die Form, die der Klarstellung des Vertragsinhalts dient, auch für den VV gilt. Dennoch trägt diese Analyse zur Klärung des Problems kaum bei, weil jede Formbestimmung mehreren Zwecken dient oder dienen kann ¹⁶³⁾.

5. Mit dem Kriterium "Zweck der Form" hat die h.L. sich grundsätzlich von einer Gleichbehandlung aller VV in der Formfrage losgesagt. Denn was heisst "es kommt auf den Zweck der Formvorschrift an"? Doch wohl nur, dass die Erfordernisse des einzelnen VV individuell zu prüfen sind. Trotzdem spricht man immer noch von Grundsätzen, Regeln und Ausnahmen. Zeichen dieser systematischen Ungewissheit ist, dass weder in den Gesamtdarstellungen noch in der Zusammenfassung der h.L. HENRICH zu erkennen ist, auf welche rechtstechnische Weise die "Übertragung" der Form des HV auf den VV stattfindet. Fast überall steht apodiktisch formuliert, der HV bedürfe in der Regel bzw. u.U. der für den VV vorgeschriebenen Form. Der Rechtsatz ist von der Rechtsprechung entwickelt worden, während das BGB über den VV schlechthin schweigt. Wo aber das Gesetz "schweigt", liegt die Annahme einer gesetzlichen Lücke nahe ¹⁶⁴⁾. Zur Lückenaus-

(160)- Vgl. eine Reihe von Dissertationen; darüber siehe METZDORF, S. 60.

(161)- S. ~~151~~ 152.

(162)- AcP 147, 89 ff.

(163)- Vgl. dazu die MOTIVE (I, S. 179) wo das für und wider der Formbedürftigkeit erörtert wird. Was die Form der "Inhaltsklarheit" betrifft, gibt HENRICH zu, dass ihre Übertragung auf den VV von ihren "Komponenten" (= dem mit ihr verbundenen anderen Zweck) abhängt. Im deutschen Recht hat die Frage keine besondere Bedeutung. HENRICH hat die schweizerische Lehre im Auge, nach der dem Schutz der Beteiligten auch die Form dient, welche die Präzision der Fassung bezweckt. Vgl. HENRICH, S. 151; BECKER, Art. 22, Bem. 8.

(164)- Nicht nur dann, vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 350 ff.

füllung kam früher das Gewohnheitsrecht in Frage ¹⁶⁵⁾. Unter diesem Aspekt könnte man hier von einer gewohnheitlichen Norm ¹⁶⁶⁾ folgenden Inhalts sprechen: "Wo das Gesetz zum Schutz der Vertragsschließenden für den HV eine Form vorschreibt, gilt diese auch für den VV" ¹⁶⁷⁾. In der neueren Zeit zieht man jedoch das Gewohnheitsrecht kaum heran; die moderne Auslegungswissenschaft und -praxis stellen auf die richterliche Rechtsfortbildung ab ¹⁶⁸⁾. Zur Ausfüllung der festgestellten Gesetzeslücke kommt dann die Analogie in Betracht. In Wirklichkeit wendet der Teil der Lehre ¹⁶⁹⁾, der von Anfang an den Zweck der Formbestimmung prüft, ohne von Grundsätzen, Regeln und Ausnahmen zu sprechen, den Analogieschluss an. Denn den Zweck der einzelnen Normform prüfen, heisst nichts anderes, als die Voraussetzungen für die Gesetzesanalogie prüfen. Dennoch ist von dieser Analogie weder in systematischen Darstellungen noch in der Rechtsprechung die Rede ¹⁷⁰⁾. Meist wird die entsprechende Formvorschrift direkt angewendet ¹⁷¹⁾. Einen anderen Aspekt der Regelungslücke beim VV behandelt LARENZ ¹⁷²⁾ als Beispiel dafür, dass die Grenze zwischen "offenen" und "verdäkten" Regelungslücken flüssig ist. Er meint, es könne sich beim Fehlen jeder Formvorschrift für

(165)- Statt aller ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 38 II 2, S. 262.

(166)- Dabei wären die Voraussetzungen für die Entstehung des Gewohnheitsrechts, insbesondere die allgemeine Geltungswille der Gemeinschaft oder ihrer Organe, zu prüfen (ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 42, S. 237 f). Da es hier schwierig ist, einen solchen Willen der Gemeinschaft nachzuweisen, müsste man von einem Geltungswillen der Gerichte sprechen. Damit stossen wir aber auf das Problem, ob Gewohnheitsrecht aus einer "konstanten Rechtsprechung" entstehen kann. Dazu vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 340, 381; ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 58 IV, S. 344.

(167)- Diese Bestimmung enthält Art. 22 Abs. 2 des schweizerischen OR.

(168)- Vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 38 II 2, S. 262.

(169)- Vgl. die in Anm. 156 zitierten Autoren.

(170)- Von einer analogen Anwendung sprechen, soweit ersichtlich, nur METZDORF, S. 60 und SCHNEIDER, Logik für Juristen, S. 331.

(171)- So besonders die Rechtsprechung und die Kommentare zu § 313. Einmal hat das RG § 313 "entsprechend" angewendet, RG 169, 185 (189).

(172)- Methodenlehre, S. 356.

den VV nur um eine verdeckte Lücke handeln. Diese verdeckte Lücke bestehe darin, dass keine Vorschrift eine Einschränkung der Regel der Formfreiheit für den Fall der VV zu formbedürftigen HV mache, wie es aber der Zweck der Formvorschrift fordere. Abgesehen davon, ob man mit der Theorie der offenen und verdeckten Lücken einverstanden sein kann, ist die Formulierung von LARENZ sehr allgemein. Es scheint nämlich, dass er die Form aller HV auf die entsprechenden VV übertragen will. Damit füllt er die Lücke mit einem Satz des Inhalts: Der VV zu einem formbedürftigen HV ist dessen Form unterworfen ¹⁷³⁾. Wir haben aber gesehen, dass die Rechtsprechung die Übertragung der Form vom Schutzzweck der jeweiligen Norm abhängig macht. Daher ist der Satz von Larenz mit der h.L. nicht vereinbar.

Zusammenfassend ergibt sich, dass nach der überwiegend h.M. die Form des HV auch für den VV gilt, wenn sie der gründlichen Überlegung der Beteiligten dient ("Schutzfunktion" der Form).

6. Die Form der einzelnen VV zu formbedürftigen HV

- a) Nach einhelliger Meinung bedürfen der Form des HV:
- aa) der zweiseitige VV, der zum Abschluss eines in den §§ 311, 313, 2371 BGB genannten Vertrages verpflichtet ¹⁷⁴⁾;
- bb) der einseitige VV, in dem sich der Veräußerer bei einem der erwähnten Verträge zum Vertragsschluss verpflichtet ¹⁷⁵⁾;
- cc) der VV zu einer Schenkung ¹⁷⁶⁾;
- dd) der VV zu einer Bürgschaft; ¹⁷⁷⁾

(173)- Dies bestimmt auch Art. 166 des gr ZGB und Art 1371 des italienischen Codice Civile.

(174)- BLOMEYER, SchR, § 20 I 3, S. 94.

(175)- BLOMEYER, ebenda.

(176)- BLOMEYER, ebenda.

(177)- BLOMEYER, ebenda; weitere Nachweise bei HENRICH, S. 155.

b) Nicht umstritten ist die Gültigkeit eines formlosen VV auf Eingehung einer Wechselverbindlichkeit¹⁷⁸⁾.

c) Nach StRspr ist der VV zu einem Mietvertrag von mehr als einem Jahr formlos gültig¹⁷⁹⁾. Mehrere Autoren halten heute diese Rechtsprechung für bedenklich¹⁸⁰⁾.

d) Der VV, in dem sich der Grundstückskäufer einseitig zum Vertragsschluß verpflichtet (pactum de emendo), ist nach der Rechtsprechung des RG formlos wirksam¹⁸¹⁾, da die Form des § 313 BGB nur den Verkäufer schützen soll. Neuerdings wird die Schützbedürftigkeit des Käufers anerkannt und mehrere Rechtsformen, die eine "Verpflichtung, zu kaufen" begründen, werden der notariellen Form unterworfen¹⁸²⁾.

e) Umstritten ist ferner, ob der VV auf Abgabe eines Schuldver sprechend oder eines Schuldanerkenntnisses sowie der VV zum Abschluß eines Leibrentenvertrages der Schriftform des HV bedürfen¹⁸³⁾.

f) Nach der überwiegend h.M. bedarf der VV zur Gründung einer GmbH oder einer AG der notariellen Form des HV (§§ 2 GmbHG, 23 AktG)¹⁸⁴⁾.

7. Wirkungen der Nichtbeachtung der Form und Rechtsbehelfe bei formnichtigen VV.

Ist der VV formbedürftig, so hat die Nichtbeachtung der Form die

178) BLOMEYER, ebda.

179) RG 86, 30 (32); BGH LM § 566 (1) BGB. Zustimmend BLOMEYER, ebda.; ENNECCERUS-NIPPERDEY, S. 998 Anm. 32; ROQUETTE, Das Mietrecht des BGB (1966), S. 128; ENNECCERUS-LEHMANN, S. 510; HENRICH, S. 155 mit weiteren Nachweisen.

180) FLUME, § 33, 7, S. 616; FIKENTSCHER, Schr, § 74 I 5, S. 457; LARENZ, Schr II, § 44 I, S. 134; WEIMAR, MDR 1961, S. 289; so früher auch OERTMANN, § 566 Bem. 1,2; LEONARD, Schr II, S. 143; v. THUR, DJZ 1916, 582 f. Zum Problem siehe unten § 6.

181) RG 95, 5 (7); 110, 327 (338); DR 1939, 1440; zustimmend BLOMEYER ebda.

182) Siehe unten § 6 G.

183) HENRICH, S. 155 ff mit Nachweisen; BLOMEYER ebda.

184) Zur AG vgl. BAUMBACH-HUECK, Kommentar zum AktG, § 23 Bem. 18 mit Nachweisen; zur GmbH BAUMBACH-HUECK, Kommentar zum GmbHG,

Nichtigkeit des VV zur Folge (§ 125 BGB). In diesem Fall besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Abschluss der erzielten HV. Die Berufung auf die Formnichtigkeit kann allerdings u.U. eine unzulässige Rechtsausübung darstellen, und dann wird sie nicht berücksichtigt (unter a). Wurde der formnichtige VV infolge der Angabe abgeschlossen, er sei formfrei, so kann eine Verletzung der Sorgfaltspflicht beim Vertragsschluss vorliegen, die zum Schadensersatz verpflichtet (unter b). Gelegentlich hilft man mit einer Umdeutung (unter c). Schliesslich kann der Formmangel des VV in gewissen Fällen mit dem Abschluss eines formgerechten HV geheilt werden (unter d).

a) Treu und Glauben. Die Einschränkung der Nichtigkeitsnorm des § 125 durch Treu und Glauben (§ 242 BGB) hält man auch für die VV für zulässig¹⁸⁵⁾. Hier gelten die gleichen Grundsätze, die von der Rechtsprechung für die ähnlich gelagerten Fälle entwickelt worden sind. Die Besonderheit bei den VV liegt nur darin, dass oft ein formnichtiger Vertrag als VV bezeichnet wird, der zum Abschluss eines formbedürftigen HV führen solle. Das ist vor allem bei Grundstückskaufverträgen der Fall.

Zu betrachten sind zunächst die Fälle, in denen die Rechtsprechung die Voraussetzungen der Arglistenrede bei formnichtigen VV geprüft hat. In der Entscheidung RG 169, 65 wurde das Berufungsurteil u.a. aus dem Grund aufgehoben, dass bei formnichtiger Einräumung eines "Ankaufsrechts"¹⁸⁶⁾ die Zulässigkeit der Berufung auf die Formnichtigkeit nicht in Betracht gezogen worden war. Das RG wiederholte

(184)- Fortsetzung: Übers. vor § 1 Anm 2 b; ferner vgl. HENRICH, S. 158 ff. Da es nach dem geltenden AktG keine Stufengründung gibt, sind die entsprechenden Ausführungen HENRICHs (S. 162 ff.) nicht mehr aktuell.

(185)- HENRICH, S. 170 ff.

(186)- Nichtigkeit nach §§ 313, 125 BGB. Die Parteien sprachen von einem "Wiederkaufsrecht" über ein Grundstück. Als Ankaufsrecht bezeichnete sie das RG; für ihre rechtliche Qualifikation hielt das RG drei Rechtsformen für möglich: bedingter Vertrag, "blosses Optionsrecht" und VV.

die Voraussetzungen der Arglistenrede bei Formnichtigkeit nach dem damaligen Stand der Rechtsprechung: Sie sei überall da zugelassen, wo die Lossagung vom Vertrag nach den Beziehungen der Parteien, insbesondere nach dem bisherigen Verhalten des sich lossagenden Teils, mit dem allgemeinen Rechtsempfinden unvereinbar ist ¹⁸⁷⁾. Die Rechtsprechung des BGH unterscheidet sich von jener des RG insofern, als sie den Ausnahmeharakter der Einrede betont und ihre und ihre Zulässigkeit nur zur Vermeidung von "untragbaren Ergebnissen" anerkennt ¹⁸⁸⁾. Einen Verstoss gegen Treu und Glauben bei Geltendmachung der Formnichtigkeit eines VV hat das OGH in einer Entscheidung von 1949 ¹⁸⁹⁾ festgestellt. Dabei ging es um die Herausgabe einer Siedlungsstelle, die einem Siedler im Hinblick auf einen künftigen Verkauf zur Bewirtschaftung übergeben worden war. Mag dem Urteil im Ergebnis zuzustimmen sein ¹⁹⁰⁾, so ist es jedoch zweifelhaft, ob in Wirklichkeit ein VV zustandegekommen war. Den Siedlern wurde zwar der Abschluss von "notariellen Verträgen" zugesagt, damit waren jedoch die Übereignungsverträge gemeint. Im Zusammenhang mit der unzulässigen Berufung auf die Formnichtigkeit hat der BGH in dem ersten Hofübergabe-Fall den VV herangezogen ¹⁹¹⁾. Nach allgemeiner Meinung war die VV-Konstruktion für solche Fälle verfehlt, und deshalb wurde sie später vom BGH aufgegeben ¹⁹²⁾. Während in den erwähnten Fällen die Berufung auf die Formnichtigkeit des VV als unzulässig betrachtet wurde, hat der BGH in neueren Entscheidungen die Nichtanerkennung des Formmangels nach dem Grundsatz von Treu

(187)- RG 169, 65 (73) mit Belegen.

(188)- Vgl. OHG 1, 217 ff.; BGHZ 16, 334; 29,6; zusammenfassend: BGHZ 48, 396.

(189)- Urt. vom 21.9.1949, Recht der Landwirtschaft 1950, 31.

(190)- So auch HENRICH, S. 171, wo auch die ausführliche Besprechung des Falles.

(191)- BGHZ 12, 286 (303); dazu oben § 2 2 V 5 d.

(192)- Dazu vgl. HENRICH, S. 177 ff und die dort (Anm. 97,98) zitierten.

und Glauben abgelehnt. In einer Entscheidung von 1965 ging es um einen privatschriftlichen "Hauserwerbs-Vorvertrag" über ein Kaufeigenheim, das im Rahmen des sozialen Wohnungsbaus erstellt wurde.¹⁹³⁾ Während das Berufungsgericht den VV trotz des Formmangels für bindend gehalten hatte, meinte der BGH, im Gegensatz zu den Siedlungs-Träger-Siedler-Verträgen könne eine Bindung bei Kaufeigenheim-VV im Hinblick auf die Betreuungs- und Fürsorgepflicht des Trägers (BGHZ 16, 334) nicht ohne weiteres angenommen werden. Der soziale Schutzgedanke sei hier nicht ausschlaggebend, da zwischen Kläger und Beklagtem eine "rein kaufrechtliche Beziehung" und kein Betreuungsverhältnis bestand. Der BGB aber hielt einen Schadensersatzanspruch wegen culpa in contrahendo für möglich. Damit ~~bestätigte~~ ~~bestätigte~~ der V.Senat seine früheren Auffassungen, dass bei formnichtigen VV nicht nur die Erfüllung sondern "irgendein Rechtsbehelf" dem VV-Käufer auch "gerechtwerden" kann¹⁹⁴⁾. Diese Rechtsprechung ist teilweise überholt worden durch das zweite Wohnungsbaugesetz vom 27.6.56, das unter gewissen Voraussetzungen einen Kontrahierungszwang vorsieht¹⁹⁵⁾. Eine andere Entscheidung desselben Senats handelte von einem privatschriftlichen VV über eine Eigentumswohnung¹⁹⁶⁾. Der BGH meinte, der VV sei formnichtig (§§ 4 Abs. 4 WEG, 313, 125 BGB); eine Pflicht zum Vertragsabschluss nach § 56 des zweiten Wohnungsbaugesetzes liege hier nicht vor, weil die Vorschrift nur Kaufeigenheime, nicht aber Eigentumswohnungen betreffe. In Frage kommen könne

(193)- BGH, Urt. vom 16.2.1965 WM 1965, 674 = LM § 313 (24) BGB.

(194)- BGH, Urt. vom 29.1.1965 WM 1965, 315, worauf diese Entscheidung ausdrücklich bezug nimmt.

(195)- Dazu oben § 2 II 1 a. Im vorliegenden Fall galt dieses Gesetz nicht, weil der strittige Vertrag vor seinem Inkrafttreten geschlossen wurde. Der BGH lässt dahingestellt, ob die Voraussetzungen seiner Anwendung erfüllt wären.

(196)- BGH Urt. vom 29.10.1965 WM 1966, 89.

ein Schadensersatz wegen Verschuldens beim Vertragsabschluss. Eine solche Schadensersatzforderung des Käufers entfiel dann, wenn der Verkäufer berechtigt wäre, sich von den im VV übernommenen Pflichten zu lösen. Hier käme es auf die schuldhaft herbeigeführte Formnichtigkeit nicht an, weil unter solchen Umständen ein rechtswirksamer VV dem Käufer nicht an sein Ziel gebracht hätte. Diese Rechtsprechung in Verbindung mit der Rechtsprechung zur Einschränkung der Wirkung des § 125 BGB im allgemeinen lässt sich in den folgenden Grundsätzen zusammenfassen:

Nach Treu und Glauben ist jemand an einen formnichtigen Vertrag (insbesondere Grundstückskaufvertrag) gebunden, wenn die Nichtanerkennung des Vertrags zu einem für den Käufer untragbaren, nicht etwa nur zu einem harten Ergebnis führen würde ¹⁹⁷⁾. Diese ~~maximal~~ Voraussetzung kann in verschiedenen Fällen als gegeben erachtet werden ¹⁹⁸⁾. Solche Bindung wurde bejaht bei Erwerbsverträgen über Kleinsiedlungen zwischen Siedlungsträgern und Siedlern im Hinblick auf die Betreuungspflicht des Trägers ¹⁹⁹⁾. Dies gilt nicht ohne weiteres für die Kauf-eigenheim-VV. Ein Betreuungsverhältnis, dem die Berufung auf die Formnichtigkeit nach Treu und Glauben widersprechen würde, liegt auch bei Eigentums-VV nicht vor ²⁰⁰⁾. Ferner besteht eine vertragliche Bindung an einen formnichtigen Vertrag, wenn mit ihm der eine Teil "eine Existenz begründet" hat, die ~~er~~ er sonst verlieren würde (BGHZ 48, 398); wenn die Einhaltung der Formarglistig oder mindestens fahrlässig verhindert wurde (RG 107, 357, 360; 117, 121, 124); wenn

(197)- BGHZ 48, 396 (398) mit Belegen.

(198)- Überblick bei BGHZ, ebenda.

(199)- BGHZ 16, 334; 29, 76 = LM § 313 (16) BGB.

(200)- BGH NJW 1965, 812 = WM 1965, 315; BGH WM 1965, 674.

der Verkäufer den Kaufpreis verbraucht hat und daher der Käufer sein Geld nicht wiedererlangen kann (BGH LM § 313 (13) BGB); wenn derjenige, der sich auf die Formnichtigkeit beruft, eine Haltung eingenommen hat, die mit seinem früheren Verhalten nach Treu und Glauben unvereinbar ist (RG 153, 60; BGHZ 48, 369, 399).

Die Lehre ist der Rechtsprechung zur Einschränkung des § 125 BGB im allgemeinen gefolgt; doch wurde ihr auch mit aller Schärfe widersprochen ²⁰¹⁾. Heute ist die Tendenz erkennbar, statt einer Einschränkung aus Billigkeiterwägungen das Absehen vom Formzwang tatbestandmäßig zu präzisieren ²⁰²⁾. Dabei stellt man grundsätzlich auf die Erfüllung des Zwecks der Formvorschrift ab ²⁰³⁾.

201) Vgl. FLUME, § 15 III 4, S. 270 ff und die dort (Anm. 61) zitierten.

202) Vgl. FLUME, a.a.O., S. 274; BOEHMER, Grundlagen, II 2, S. 99; WIEACKER, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB; GERNHUBER, Festschrift für SCHMIDT-RIMPLER, S. 151 ff.

203) Vgl. HELDRICH, AcP 147, 78 ff; LORENZ, AcP 156, 381 ff. Zu den verschiedenen Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung formnichtiger Verträge vgl. REINICKE, Rechtsfolgen formnichtig abgeschlossener Verträge (1969).

b) Culpa in contrahendo. Im RG 107, 357 (362) hat das RG die Verletzung einer Sorgfaltspflicht beim Vertragsabschluß, die zum Schadensersatz verpflichtet, auch dann anerkannt, wenn die eine Partei den Abschluß eines formnichtigen Vertrages veranlaßte. Der BGH wendet die hierfür entwickelten Grundsätze auch auf den VV an. In einer Entscheidung vom 29. 1. 1965 ²⁰⁴⁾ heißt es: "Dadurch, daß die Klägerin (Grundstücksverkäufer) es unterließ, die Beklagten (Käufer) auf die Notwendigkeit gerichtlicher oder notarieller Beurkundung der getroffenen Vereinbarungen (= VV) aufmerksam zu machen, hat sie den Sorgfaltspflichten zuwider gehandelt, die durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien begründet worden waren ... Die Nichtaufklärung ihrer Vertragspartner hinsichtlich der Formbedürftigkeit des VV (§ 313 BGB) gereicht der Klägerin auch zum Ver -

204) NJW 1965 , 812 = WM 1965 , 315.

schulde." Für die Verletzung der Sorgfaltspflichten haftet der Verpflichtete auf Ersatz des Vertrauensschadens²⁰⁵⁾. Zu prüfen ist der Umfang dieses Schadens. Da bei formnichtigen VV das gültige Zustandekommen des Vertrags verhindert wurde, ist das Interesse an seiner Erfüllung zu ersetzen.²⁰⁶⁾ Der Geschädigte muß so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn der Vertrag rechtswirksam wäre²⁰⁷⁾. Das bedeutet allerdings nicht - so der BGH, ebenda -, daß nunmehr auf Abschluß eines formgültigen Kaufvertrags oder sogar auf Auflassung geklagt werden könnte, denn das wäre Vertragserfüllung und kein Schadensersatz, und das liefe auf eine außer Kraftsetzung der Formvorschrift des § 313 BGB hinaus. Der Verkäufer sei verpflichtet, den Käufer in Geld so zu stellen, daß er sich unter Berücksichtigung der heutigen (= Zeit des Prozesses) Grundstücks- und Baustoffpreise ein gleichwertiges "ausgrundstück beschaffen könnte"²⁰⁸⁾²⁰⁹⁾. Dagegen hat das Reichsgericht im erwähnten Urteil den Naturalersatz nach § 249 BGB (d.h. Erfüllung des nichtigen Vertrags) zugelassen²¹⁰⁾.

c) Umdeutung. Formnichtig Rechtsgeschäfte sind der wichtigste Anwendungsbereich der Konversion²¹¹⁾. Eine solche Umdeutung sieht HENRICH²¹²⁾ in einer Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1929²¹³⁾. Dabei ging es um die Form und die Wirkungen einer Vereinbarung über die Gründung einer GmbH. Das Reichsgericht meinte, die strittige Abmachung sei als Vertrag über eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts formlos gültig, sie gebe allerdings keinen Anspruch auf Abschluß des formgerechten GmbH-Vertrags. Gegen diese Entscheidung hat man eingewendet, sie enthalte einen unauflöslichen Widerspruch, denn es gäbe nur zwei Möglichkeiten: entweder ist die Abmachung formgültig und daher voll wirksam, oder sie hat als formnichtiger Vertrag "überhaupt keine rechtliche Wirkung"²¹⁴⁾. Wie

205) BLOMEYER § 33 III, S. 196 f

206) BLOMEYER, ebda., jedoch kann grundsätzlich das negative Interesse verlangt werden. Nur ausnahmsweise ist das Erfüllungsinteresse oder sogar ein "überfüllungsmäßiges" Interesse ersetzt werden. (zum letzteren BGH WM 1965, 1115; FIKENTSCHER, Schr 20 IV, S. 76 f

207) BGH WM 1965, 315 mit ^{de}legen.

208) Zustimmend ESSER Schr I, § 52 III 1 c, S. 375 f; zur Frage der Alternative Übereignung oder Schadensersatzentgelt vgl. MARSCHALL von BIEBERSTEIN NJW 1965, 1014; LORENZ JuS 1966, 429

209) Der BGH bezeichnet diese Ansicht als "strenge Auffassung des Schadensersatzes", BGH WM 1968, 1403; BGH WM 1965, 674

210) Für diese Lösung vornehmlich SOERGEL-SIEBERT, § 242 Bem. 222; BLOMEYER ebda. HEARICH, S. 182, hält den Erfüllungsanspruch grundsätzlich für zulässig, meint aber, er werde oft daran scheitern, daß ein Mitverschulden den getäuschten Partner trifft.

HENRICH²¹⁵⁾ nachgewiesen hat, ist diese Argumentation zwar nicht zwingend, sie entspricht aber der Auffassung über die Verbindlichkeitsvoraussetzungen und die Wirkungen eines Vorgründungsvertrags im deutschen Recht. Allerdings mißdeutet HENRICH die Ausführungen des Reichsgerichts, wenn er von einer Konversion spricht. Das Reichsgericht hatte nämlich nicht das Rechtsgeschäft umgedeutet, sondern das Rechtsverhältnis der Beteiligten als Gesellschaft Bürgerlichen Rechts qualifiziert, was übrigens mit der allgemein h.M. über die Rechtsnatur des Vorgründungsvertrags übereinstimmt.²¹⁶⁾ Weder die Annahme eines VV noch die Heranziehung des Rechtsinstituts der Umdeutung sind für die Lösung der Fragen der Vorgründungsverträge erforderlich²¹⁷⁾. Der Vorgründungsvertrag begründet keine bloße Verpflichtung zum contrahere sondern ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis, bei dem die Verfolgung des Gesellschaftszweckes in dem Vordergrund steht. Dieses Rechtsverhältnis hält man für eine Gesellschaft Bürgerlichen Rechts. Von einer Umdeutung des Vorgründungsvertrags in eine BGB-Gesellschaft kann also keine Rede sein²¹⁸⁾.

Von der Konversion eines formnichtigen VV in ein anderes Rechtsgeschäft ist die Konversion eines formnichtigen Rechtsgeschäfts in einen VV zu demselben zu unterscheiden. Hierfür gelten die allgemeinen Regeln über die Umdeutung²¹⁹⁾. Die h.M. hält jedoch die Umdeutung für wenigstens bedenklich²²⁰⁾. Das Problem kann jedenfalls nur bei den formfreien VV zu formbedürftigen HV auftauchen, denn "die gesetzliche oder gewillkürte Form kann nicht dadurch umgangen werden, daß der Vertrag, der dieser Form entbehrt, in einen VV umgedeutet wird".²²¹⁾ Der BGH hat diesen Satz anlässlich eines Mietvertrags ausgesprochen und damit die Behauptung der Revisionserwiderung, es sei in den strittigen mündlichen Zusatzabreden über die Änderung des Mietvertrages ein VV zu sehen, zurückgewiesen. Es handelt sich also nicht um die Konversion, sondern um die rechtliche Qualifikation der betreffenden Abreden. Daß die Grenze zwischen beiden Annahmen fließend ist, zeigt die von NEPPERDEY erwähnte Umdeutung formnichtiger Tarifvereinbarungen in einen mündlichen VV zum Abschluß eines Tarifvertrags, wo die Parallele zu dem

211) LARENZ AllgT, § 29 III S. 457

212) RG JW 1929, 648

213) S. 165 f

214) FISCHER, GmbH-Rundschau 1954, 131

215) ebda.

216) Vgl. unten § 6 I 3 C

217) Zur Problematik des Vorgründungsvertrags siehe § 6 I 3 C

218) So aber HENRICH, S. 167

219) Dazu LARENZ ebda.

220) So HENRICH S. 168; ablehnend DEGENGOLB S. 33, vgl. ROTH S. 327f; eher für die Möglichkeit einer Umdeutung LEVINSOHN S. 63.

221) So BGH WM 1963, 172 (173); zustimmend REINICKE, "Rechtsfolgen", S. 106

mündlichen Miet-VV betont wird²²²⁾. Gemeinsam haben beide Fälle, daß der VV zur Aufrechterhaltung von formnichtigen Verträgen herangezogen wird. Es ist aber fraglich, ob die Parteien dann immer einen VV gewollt haben.

d) Heilung. Das Gesetz bestimmt nur für einzelne Fälle (§ 313 S. 2, § 518 Abs. 2, § 766 S. 2 BGB), daß eine Heilung des Formmangels durch die Erfüllung des betreffenden Vertrags eintritt. Es besteht also kein allgemeiner Grundsatz des Inhalts, daß die Erfüllung den Formmangel bei jedem Verpflichtungsgeschäft heilt²²³⁾. Für den VV ist zu prüfen, ob der formgültige Abschluß des HV die Heilung des formnichtigen VV zur Folge hat. Die Frage kann in doppelter Hinsicht von Bedeutung sein; einmal für die Anerkennung einer Kondition beim Abschluß des HV aufgrund des formnichtigen VV und ferner für die Anwendung des § 139 BGB, wenn der VV Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts ist. Das erste Problem hängt mit dem causa-Problem zusammen und ist daher in dieser Allgemeinheit an anderer Stelle zu erörtern²²⁴⁾. Hier werden nur die Fälle des § 313 BGB behandelt^{224a)}. Nach § 313 S. 2 wird zunächst der formnichtig abgeschlossene HV geheilt, während für einen vorangegangenen, ebenfalls formnichtigen VV, diese Bestimmung nicht direkt gelten kann. Eine analoge Anwendung ist zwar zweckmäßig, nicht aber zwingend²²⁵⁾. Das gilt auch, wenn nur der HV formgerecht abgeschlossen wurde, ohne daß Auflassung und Eintragung erfolgt sind²²⁶⁾, zumal der Verkäufer die Wirkung des § 313 S. 2 durch einstweilige Verfügung ("Erwerbsverbot") verhindern kann²²⁷⁾. Dennoch meinte das RG²²⁸⁾, die Heilung

222) Oben § 2 V 7 d.

223) FLUME, § 15 III 3 b, S. 269; ENNECERUS-NIPPERDEY, § 154 III 2, S. 957; STAUDINGER-COING, § 125 Anm. 31; anderer Meinung früher SIBER, JherJ 70, 223 (242); OERTMANN, § 125 Bem. 4a.

224) Unten IV.

224a) In den üblichen Fällen (z.B. §§ 311, 2371 BGB) wird nur mit § 141 BGB geholfen; dazu unten IV 2.

225) Von Bedeutung für Nebenabreden, die im HV nicht wiederholt bzw. aufgehoben sind.

226) Anders LARENZ, SchR I, § 6 III, S. 77; BLOMEYER, SchR, § 20 I 3, S. 95.

227) RG 117, 287 (290); 120, 118 (119).

228) RG 169, 185 (189).

trete nach analoger Anwendung des § 313 S. 2 sogar schon mit der formgerechten Abgabe eines Grundstücksvertragsangebots ein, der in einem formlosen Pachtvertrag als Nebenpflicht vereinbart wurde²²⁹⁾. Vorsichtiger verlangt der BGH "Vollständigkeit des Angebots"²³⁰⁾. Ist in derselben Urkunde der Abschluß des HV und die Auflassung erklärt (§ 925 a BGB), so wird der VV mit der Eintragung nach direkter Anwendung des § 313 S. 2 BGB geheilt, weil er dann die Funktion des Vertrags nach § 313 hat.

Was die Anwendung des § 139 BGB betrifft, hat das RG in der erwähnten Entscheidung den gesamten Pachtvertrag mit der Heilung der Verkaufsangebotsabrede (§ 313 S. 2 analog) als geheilt angesehen.

8. Die vereinbarte Form

Nach Ansicht des BGH sind die §§ 154 Abs. 2 und 125 S. 2 BGB für den VV ohne Bedeutung, wenn der Wille der Parteien eindeutig dahingeht, nur den endgültigen Vertrag der Formbedürftigkeit zu unterwerfen²³¹⁾. Dabei ist es eine Auslegungsfrage, ob die Form nur für den HV gelten oder sich auch auf den VV erstrecken soll. Dieser Auffassung stimmt HENRICH (S. 182 f) zu, indem er für möglich hält, daß die Parteien bei Vereinbarung der Form nicht nur an Übereilungsschutz, sondern auch an Beweiserleichterung gedacht haben könnten. Dem Übereilungsschutz kann aber nur die gesetzliche Form dienen, indem sie den Entschluß zu einer Bindung vor gründlicher Überlegung verhindern will. Bei der vereinbarten Form haben sich die Parteien eben entschlossen, sich in einer bestimmten Form vertraglich zu binden. Dieser Form können dann nur zwei Bedeutungen beigemessen werden: deklaratorische oder konstitutive. Aus diesem Grund ist auch diese besondere Regel über die Form des VV fraglich, zumal sie die Konstruktion eines VV bei Verträgen mit einer Abrede späterer Beurkundung dort begünstigt, wo eigentlich

²²⁹⁾ Zustimmend: REINICKE, Rechtsfolgen, S. 26; LARENZ, ebenda; vgl. aber BLOMEYER, ebenda.

²³⁰⁾ MDR 1961, 400.

²³¹⁾ BGH LM § 154 (4) BGB.

kein VV vorliegt²³²⁾).

III. Die Bestimmtheitsfrage

1. Bei jedem Schuldverhältnis muß der konkrete Schuldinhalt im Sinne des Leistungserfolgs bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein; das Schuldverhältnis auf eine endgültig unbestimmte Leistung ist unwirksam. So leitet BLOMEYER²³³⁾ seine Ausführungen über die Bestimmtheit der Leistung ein. Zur Illustration dieses Grundsatzes wird eine Entscheidung des RG²³⁴⁾ genannt, die von einem VV handelte: Der VV, in dem der Preis des zu verkaufenden Grundstücks nur maximal begrenzt war, war nichtig, weil sich die Höhe des Kaufpreises nicht bestimmen ließ. Daß die Bestimmtheitsanforderungen des VV keine anderen sein könnten, als diejenigen jedes anderen Vertrags, dürfte außer Zweifel stehen. DEGENGOLB stellte fest, daß die allgemeinen, für alle Verträge geltenden Rechtsgrundsätze auf die pacta de contrahendo Anwendung finden, denn "der VV kann sowenig als ein anderer Vertrag die Schranken der Rechtsordnung durchbrechen"²³⁵⁾. Dennoch nimmt heute die h.M. an, daß an den VV hinsichtlich der Vollständigkeit der vertraglichen Regelung nicht die gleichen Anforderungen zu stellen sind, wie an den HV²³⁶⁾. Gelegentlich wird dieser Satz aus der Natur des VV oder der Natur der Sache abgeleitet²³⁷⁾. Die übliche Formel lautet: der VV muß genügend bestimmt sein, so daß der Inhalt des HV im Prozeß vom Richter mit Hilfe der Auslegung festgelegt werden kann²³⁸⁾. Diese Grundsätze

²³²⁾ HENRICH (S. 183) gibt zu, daß bei solchen Formvereinbarungen die Abgrenzung gegenüber dem definitiven Vertrag mit der Abrede spätere Beurkundung oft schwer zu ziehen sein wird; vgl. oben I 2 c.

²³³⁾ SchR, § 4 I, S. 24.

²³⁴⁾ RG 124, 81, oben § 2 II 1 c bb).

²³⁵⁾ DEGENGOLB, S. 36.

²³⁶⁾ RG JW 1938, 247 (243); BGH LM § 703 (3) BGB; OLG Nürnberg MDR 1960, 308; BGH WM 1961, 1052; BGH DNotZ 1963, 35; die Sachverhalte dieser Entscheidungen sind oben § 2 angeführt.

²³⁷⁾ RG ebenda; BGH WM 1961, 1052; BGH DNotZ 1963, 35.

²³⁸⁾ Zu den in Anm. 236 zitierten Entscheidungen vgl. noch RG 66, 116; 124, 81; BGH LM § 256 (40) ZPO; LM § 154 (4) BGB. Aus dem Schrifttum vgl. ENNECERUS-NIPPERDEY, S. 999; STAUDINGER COING, Vorbem. 21 vor § 145; BLOMEYER, SchR, § 18 III, S. 76; LARENZ, SchR I, § 6 III, S. 75 f; FIKENTSCHER, SchR, § 23 I 4 b, S. 95.

haben eine ziemlich verschlungene Entwicklungsgeschichte, in der die Vorstellung des VV als eines inhaltlich nicht völlig bestimmten Vertrags herrscht. In der gemeinrechtlichen Lehre des 19. Jahrhunderts war der VV vielfach als ein unvollständiger Vertrag verstanden worden²³⁹⁾. Die Verfasser des BGB²⁴⁰⁾ haben die Ansicht vertreten, daß der VV "nur dann gültig ist, wenn der Inhalt des künftigen Vertrags, welcher aufgrund desselben geschlossen werden soll, zur Genüge bestimmt ist"²⁴¹⁾. Diese Meinung kann zwei Bedeutungen haben: entweder ist sie eine Zurückweisung der Auffassung, der VV sei als unvollständiger Vertrag bindend, und dann gelten für die VV die gleichen Bestimmtheitsregeln wie für alle Verträge, oder "zur Genüge" heißt, es reicht, wenn im VV weniger Punkte des HV bestimmt sind als es beim sofortigen Abschluß des HV erforderlich wäre. Die Rechtsprechung hat sich die zweite Interpretation zueigen gemacht²⁴²⁾. In Anlehnung an die Rechtsprechung des RG²⁴³⁾ hat der BGH entschieden: "(Bei einem Gesellschafts-VV) ist es nicht erforderlich, daß der VV die gleiche Vollständigkeit aufweist, die für den vorgesehenen Gesellschaftsvertrag zu verlangen ist; es genügt, wenn die notwendige Ergänzung nach dem vermutlichen Parteiwillen möglich ist (§ 287 ZPO)"²⁴⁴⁾. Der Satz wurde von den späteren Entscheidungen des BGH sowie vom Schrifttum übernommen und für alle VV verallgemeinert²⁴⁵⁾.

239) Vgl. DERMBURG, Pandekten, Band II (5. Aufl. 1897) S. 26, wo die VV als Verträge, die "durch weitere Verträge auszuführen und zu vervollständigen sind", definiert werden. Weitere Literatur bei ROTH, S. 136 ff und WABNITZ, S. 59 f. Vgl. auch die Gleichsetzung von VV und Traktaten oben I 2.

240) MOTIVE, I, S. 178.

241) Vgl. § 936 ABGB: "Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung, als die wesentlichen Stücke des Vertrags bestimmt ... sind"; dazu unten § 5.

242) Vgl. FLUME, § 33 7, S. 614,

243) RG JW 1938, 2740 (2743).

244) BGH LM § 703 (3) BGB.

245) Vgl. Anm. 236; kritisch zu dieser Auffassung FLUME, § 33 7, 615; WABNITZ, S. 169; Bedenken äußert HENRICH (S. 135) nur zu der Entscheidung RG JW 1938, 2740 = SeuffA 92, 328, während er den Grundsatz in vollem Umfang akzeptiert.

2. Daß dieser Rechtssatz keine Information über die Bestimmtheit der konkreten VV gibt, hat die moderne VV-Lehre erkannt. Deshalb untersucht HENRICH²⁴⁶⁾ unter Heranziehung der ausländischen Rechtsprechung die einzelnen Regeln, die für die Feststellung der Bestimmtheit der einzelnen Erscheinungsformen des VV gelten sollen.

Für den VV zu einem Kaufvertrag stellt er sechs Thesen auf, die sich aber ebenso auf die Bestimmtheit des endgültigen Vertrags anwenden lassen²⁴⁷⁾. Diese Ausführungen HENRICHs geben eine bloße Übersicht über die Lehre von der Bestimmtheit der Leistung am Beispiel des Kauf-VV und stellen keine besonderen Thesen über die Bestimmtheit des Kauf-VV auf.

Beim VV auf Abschluß eines Gesellschaftsvertrags ("Vorgründungsvertrag")²⁴⁸⁾ bietet die Rechtsprechung einige Stützpunkte für die Herausbildung besonderer Regeln. Zunächst muß die Gesellschaftsform der zu gründenden Gesellschaft im VV feststehen²⁴⁹⁾, denn "eine Gesellschaft ist nicht als abstrakter Begriff sondern nur als eine bestimmte ... Rechtsform denkbar". Ferner stellt HENRICH auf die Essentialia der jeweilig gewollten Gesellschaft ab: sie müssen im VV bestimmt oder bestimmbar sein. Da jede Gesellschaftsform besondere Erfordernisse hat, werden die Essentialia der einzelnen Formen und ihr Genügen für die Bestimmtheit des VV erörtert. Dabei taucht das Problem auf, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Vertragslücke durch dispositive Rechtsnormen gefüllt werden kann. Bei der Zusammenfassung²⁵⁰⁾ ergeben sich jedoch wieder keine speziellen Regeln, die ausschließlich für die VV gelten könnten.

246) S. 119 ff.

247) Bestimmbarkeit des Kaufgegenstandes, eines Nebepunktes, den die Parteien als wesentlich ansehen; Bestimmtheit der Vertragsdauer; Bestimmtheit der Leistung, wenn sie sich nach dem Bedarf des Käufers richten soll; Bestimmtheit bei Gattungs- oder beschränkter Gattungsschuld; Bestimmtheit nach §§ 316, 317 BGB.

248) HENRICH, S. 131 ff.

249) RG 106, 174; RG JW 1924, 170; OLG München GmbH-Rundschau 1958, 195.

250) HENRICH, S. 142 f.

Schließlich wendet HENRICH die in diesen Ausführungen "entwickelten Regeln" auf weitere Erscheinungsformen des VV an (S. 144 f).

3. Die Heranziehung der Essentialia eines Vertragstyps als Minimum der Bestimmtheit eines VV ist für die Lehre vom VV nichts neues²⁵¹⁾. Zu prüfen ist aber, ob die Unterscheidung zwischen essentialia, naturalia und accidentalia negotii überhaupt brauchbar ist. Die Einteilung ist seit dem Mittelalter üblich²⁵²⁾, wird aber vielfach als fragwürdig hingestellt²⁵³⁾ und spielt im bürgerlichen Recht keine Rolle mehr²⁵⁴⁾. In der letzten Zeit hält FLUME²⁵⁵⁾ diese Dreiteilung für sinnvoll, "wenn man sie auf das Rechtsgeschäft als Regelung bezieht". Er meint, die essentialia und die accidentalia negotii betreffen die privatautonome Gestaltung, die naturalia negotii die gesetzliche Regelung. Mag auch die Unterscheidung veranschaulichen, wie die rechtsgeschäftliche Gestaltung von Rechtsverhältnissen mit der Rechtsordnung verwoben ist, so versagt sie dort, wo sie helfen sollte: zur Regelung der ungeregelt gebliebenen Vertragspunkte. Die Dispositivvorschriften (naturalia)²⁵⁶⁾ können nicht immer in solchen Fällen eingreifen, denn über die zum Vertragstypus gehörenden wesentlichen Punkte (essentialia) hinaus müssen auch die nach dem Parteiwillen wesentlichen Punkte bestimmt oder bestimmbar sein²⁵⁷⁾. Gerade beim VV

251) Vgl. WABNITZ, S. 63, 85 ff, 88 und die dort zitierten.

252) Vgl. COING, Savigny Z (Rom Abt) 69, 32 ff.

253) BEKKER, Pandektenrecht II, § 97 Beil II; HOENIGER, Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge (1906), S. 55 ff; v THUR, II 1, § 54, Anm. 18; STAUDINGER-COING, Vorbem. 23 vor §§ 104 ff; vgl. ENNECERUS-NIPPERDEY, § 189, S. 1151.

254) BLOMEYER, Zivilprozeßrecht, § 70 II, S. 349 Anm. 6; anders im Prozeßrecht (Beweislastverteilung), BLOMEYER, ebenda.

255) § 6, 2, S. 80 f.

256) Die naturalia negotii sind zum größten Teil in Dispositivvorschriften enthalten, vgl. ENNECERUS-NIPPERDEY, ebenda; LARENZ, NJW 1963, 737.

257) ENNECERUS-NIPPERDEY, ebenda. So auch das OLG Bremen (VRS 1952, 81) für eine als VV bezeichnete Vereinbarung. Dabei hatten die Parteien sich über die Zahlungsbedingungen nicht geeinigt. Aus diesem Grund hielt das Gericht den "VV" für unzureichend bestimmt und unwirksam.

zu einem Gesellschaftsvertrag vermag die Unterscheidung keine allgemeine Lösung zu geben²⁵⁸⁾. Das gilt auch für VV zu anderen komplizierten Verträgen, bei denen die Dispositivvorschriften in der Praxis meist wegbedungen werden.

4. Wenn die Rechtsprechung im VV ein solches Maß von Bestimmtheit verlangt, daß im Streitfall der Inhalt des versprochenen Vertrags richterlich festgesetzt werden kann, bedeutet das, daß der Richter durch Auslegung des VV den Inhalt des HV ermitteln können soll. Eine besondere Rolle wird hier die ergänzende Vertragsauslegung spielen, da die als VV bezeichneten Vereinbarungen oft lückenhaft sind²⁵⁹⁾. Eine Anwendung der Grundsätze über die ergänzende Auslegung (§ 157 BGB) zur Ausfüllung einer Vertragslücke kommt nicht nur dann in Betracht, wenn die Parteien einen Punkt übersehen haben, sondern auch wenn sie ihn bewußt offengelassen haben²⁶⁰⁾. In einer anderen Entscheidung²⁶¹⁾ hat der BGH jedoch die Ausfüllung einer bewußt offengelassenen Regelung in einem vermeintlichen VV zu einem Mietvertrag abgelehnt, weil der VV nicht mehr als den Rahmen für später zu treffende Einzelbestimmungen enthielt. In diesem Fall würde der Richter nicht Lücken der getroffenen Vereinbarungen schließen, sondern selbst den wesentlichen Vertragsinhalt schaffen, was nicht seine Aufgabe ist.

IV. Das Schuldverhältnis aus dem VV

1. Leistung und Erfüllung

A. Der VV begründet ein vertragliches Schuldverhältnis. Kraft dieses Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, vom Schuldner die Leistung zu verlangen (§ 241 BGB). Zu prüfen

258) Vgl. HENRICH, S. 139, wo auch der Streit über die Bestimmtheit von Vorgründungsverträgen; siehe auch WABNITZ, S. 89 f.

259) Vgl. die Beispiele oben § 2.

260) So BGH Urt. v. 13.7.1967 BB 1967, 1355; vgl. auch BGH BB 1967, 733; BGH DB 1967, 1187 (zur Frage der Beweislast). Zum heutigen Stand der Frage vgl. LARENZ, NJW 1963, 737; HENCKEL, AcP 159, 106; SANDROCK, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht (1966).

261) BGH Urt. v. 4.10.1967 WM 1967, 1250.

ist also, welche Leistung beim VV geschuldet wird. Aus der Definition des VV als des Vertrages, durch den die Verpflichtung zum Abschluß des HV übernommen wird²⁶²⁾, ergibt sich, daß "der Abschluß des HV" die geschuldete Leistung darstellt²⁶³⁾. Das ist auch mit § 241 BGB vereinbar, nach dem jedes Verhalten zum Leistungsinhalt gemacht werden kann²⁶⁴⁾. Nun aber ist der Abschluß des HV keine Handlung, die vom Schuldner allein abhängt. Daher spricht man vielfach von einem Anspruch auf Mitwirkung beim Abschluß des HV²⁶⁵⁾. Nach der h.L. bedeutet diese Mitwirkung die Abgabe derjenigen Willenserklärung, die für das Werden des HV notwendig ist²⁶⁶⁾. Geschuldet wird also eine Willenserklärung, die zum Abschluß des erzielten Vertrages führen soll. Daßer ein Vertrag durch Angebot und Annahme zustandekommt, kann die geschuldete Willenserklärung sowohl in der Abgabe eines Angebots als auch in der Annahme eines Angebots bestehen²⁶⁷⁾. BRÜGGEMANN bezeichnet dies als "ambivalenten Leistungsgegenstand" und betont seine besondere Problematik: sollte die eine Partei von den anderen das Vorangehen mit der Offerte verlangen können? Ist für jede von beiden die Offerte in obligatione, die Annahme in solutione, oder umgekehrt?²⁶⁸⁾ Vor diese Problematik wurde nämlich der BGH gestellt, während sich die klassische Lehre

262) BGH NJW 1962, 1812: "Unter einem VV wird im allgemeinen ein schuldrechtlicher Vertrag verstanden, durch den beide Teile (oder nur ein Teil) sich dazu verpflichten, den HV abzuschließen". Vgl. HENRICH, S.184 ff. So auch in den Definitionen bei STAUDINGER-COING, Vorbem. 20 vor § 145; KRÜGER-NIELANDT, in BGB-RGRK Anm. 13 vor § 145; SOERGEL-SIEBERT(-METZGER), Anm. 19 vor § 145; PALANDT-DANCKELMANN, Einf. vor § 145 Anm.4; LARENZ, SchR I, § 63, S.75; BLOMEYER, SchR § 18 III, S. 76; ENNECERUS-NIPPERDEY, S. 998.

263) So auch BLOMEYER, SchR § 19 I 6, S. 85 im Zusammenhang mit dem causa-Problem.

264) Im Zusammenhang mit dem Leistungsinhalt im allgemeinen, wie es DEGRNGOLB (oben §§ 1 I, 3 I 3) wollte, wird der VV sehr selten erwähnt. An dieser Stelle behandelt den VV, soweit ersichtlich, nur HIRSCH, Einführung in das bürgerliche Vermögensrecht (4. Aufl. 1968), S.119.

265) Vgl. HENRICH, S. 184.

266) HENRICH, ebenda; vgl. auch die Anm. 262 zitierten.

267) HENRICH, S. 213.

268) BRÜGGEMANN, S. 201 Sp. 1,2.

vom VV mit der Frage gar nicht beschäftigt hatte²⁶⁹⁾. Das ist aus zwei Gründen zu erklären: einmal weil der Leistungsanspruch als primärer Anspruch aus dem VV in der Praxis fast überhaupt keine Rolle spielt²⁷⁰⁾ und ferner, weil es wenigstens innerhalb des damals unbestrittenen Anwendungsbereichs der VV (VV zu Realverträgen) nicht vorstellbar war, daß Angebot und Gegenangebot verschieden sein könnten²⁷¹⁾. Mit der Durchsetzung der Regel, daß an die Bestimmtheit des VV geringere Anforderungen zu stellen sind als an jene des HV, mußte das Problem jedoch irgendwann auftauchen. In Anlehnung an den BGH²⁷²⁾ ergänzt HENRICH²⁷³⁾ die h.L. und zieht die Folgerungen daraus: Daß die geschuldete Willenserklärung sowohl als Annahme als auch als Abgabe eines Angebots aufgefaßt werden kann, ist dann von Bedeutung, wenn die eine Partei ein Angebot zum Abschluß des HV nicht mit Annahme desselben, sondern mit einem inhaltlich verschiedenen Gegenangebot beantwortet. Beide Angebote können "dem VV entsprechen", auch wenn sie sich inhaltlich nicht decken, weil "ein VV nur die essentialia des HV regeln müsse, die Nebenpunkte aber einer späteren Vereinbarung vorbehalten werden können"²⁷⁴⁾. Diese Ansicht ist aber mit dem Grundsatz des § 154 Abs. I BGB kaum vereinbar.

Wie bei jedem Vertrag kann die geschuldete Leistung auch beim VV anfänglich unbestimmt sein. Können sich die Parteien über die offengelassenen Punkte nicht einigen, so wird die Durchsetzung des Anspruchs aus dem VV problematisch, denn bei Klageerhebung muß die abzugebende Willenserklärung im Hinblick auf die Vollstreckung nach § 894 ZPO 269) Vgl. BRÜGGEMANN, S. 202 Sp. 1.

270) Die Formulierung stammt von HENRICH (S. 192), dem man ohnehin zustimmen kann. Die Einschränkung (fast) betrifft Fälle, wobei man - mit den Worten v. TUHRs - ohne die Konstruktion des VV auskommen könnte. Daß Klagen auf Abschluß des HV kaum vorkommen, bezeichnet HENRICH (ebenda) als "eigentümliches Phänomen". Die erwartete Erklärung dieses Phänomens gibt er aber nicht.

271) Vgl. BRÜGGEMANN, ebenda.

272) BGH LM § 305 (3) BGB, oben § 2 III 1 a.

273) S. 213.

274) HENRICH, S. 213.

fest bestimmten Inhalt haben²⁷⁵⁾. Eine weitere prozeßrechtliche Schwierigkeit behauptet BRÜGGEMANN²⁷⁶⁾: muß jede Partei gegen die andere auf Abgabe der Offerte klagen können, so wäre die Klage schon wegen Mangels des Rechtsschutzinteresses abzuweisen, da der Kläger die Offerte selbst setzen könne. Diese Auffassung ist unverständlich. Geklagt wird auf die Abgabe einer Willenserklärung mit dem Vertragsinhalt. Ob sie als "Offerte" oder "Annahme" bezeichnet wird, spielt für das Vorhandensein des Rechtsschutzinteresses keine Rolle.

Die Zulässigkeit von mehreren (alternativ geschuldeten?) Willenserklärungen als Leistungsgegenstand führt zu einer Umgestaltung des VV-Begriffs. Die Konsequenz hat BRÜGGEMANN gezogen, indem er die Verpflichtung zum "beiderseitigen Mühen", "Sich Nähern", "Ausgleichen" usw., nicht jene zum contrahere als Inhalt des VV ansieht²⁷⁷⁾. Ein solcher VV-Begriff als pactum de negociando fällt jedoch aus dem Schuldvertragssystem des BGB völlig heraus.

Neben der Hauptleistung aus dem VV können gelegentlich Nebenpflichten bestehen (z.B. Antrag auf eine behördliche Genehmigung, die sog. Leistungsbereitschaft usw.). Die Erfüllung dieser Nebenpflichten kann selbständig eingeklagt werden, auch wenn sie im VV nicht ausdrücklich erwähnt sind;²⁷⁸⁾ ihre Verletzung zieht verschiedene Rechtsfolgen nach sich²⁷⁹⁾.

275) STEIN-JONAS-POHLE, § 894 Bem. I 2. HENRICH meint, bei fehlender Übereinstimmung sollte der Richter den Inhalt des VV innerhalb der von den Parteien durch ihr jeweiliges Angebot gesetzten Grenzen bestimmen. Eine solche Gestaltungsmöglichkeit hat der Richter jedoch nur in den vom Gesetz bestimmten Einzelfällen (z.B. §§ 315 Abs. 3, 343 BGB) vgl. FLUME, § 34, 6 b, S.628.

276) BRÜGGEMANN, S. 203 Sp. 1.

277) S. 203 Sp. 1, 2, 206 Sp. 1 und passim.

278) HENRICH, S. 184. Es handelt sich um eine Erweiterung der Leistung nach Treu und Glauben.

279) Der BGH (Urt.v.25.1.1955 NJW 1955, 631 = LM § 242 Ba 10 BGB) hatte über einen VV zu entscheiden, in dem sich der Importeur verpflichtet hatte, die Einfuhrbewilligung für das in Aussicht genommene Geschäft zu beantragen und nach deren Erteilung den HV zu den vorgesehenen Bedingungen anzuschließen. Der BGH entschied, daß die Verletzung der ersten Verpflichtung dem ausländischen Lieferanten einen auf das Erfüllungsinteresse gerichteten Schadensersatzanspruch gibt,

In diesem Zusammenhang fragt sich, ob beim VV eine Leistungshandlung oder ein Leistungserfolg geschuldet wird. Die h.L. betont die Verpflichtung zum Abschluß des VV und den Anspruch auf Abgabe der entsprechenden Willenserklärung. Bedeutet dies, daß die Schuld beim VV in einer Leistungshandlung besteht? Könnte man dagegen von einem Leistungserfolg sprechen und was wäre dieser? Nach der modernen Schuldrechtslehre fallen geschuldete Leistung und Rechtspflicht des Schuldners nicht immer zusammen²⁸⁰). Da Leistungen zur Erreichung eines bestimmten Zwecks (sog. Leistungserfolg) geschuldet werden, kann das geschuldete Verhalten des Schuldners (sog. Leistungshandlung) nicht immer ausreichen. Für den VV bedeutet das: stellt man mit der h.L. auf die Verpflichtung zum contrahere ab, so sollen Leistung und geschuldetes Verhalten zusammenfallen. Dagegen ändert sich die Lage, wenn man annimmt, "der Anspruch auf Mitwirkung beim Vertragsschluß solle nach den Intentionen des Gläubigers ihm zu der definitiven Leistung verhelfen"²⁸¹). Die h.L. läßt die Frage offen, weil sie im contrahere das besondere Merkmal des VV sieht²⁸²). Die Forderung, dem Gläubiger zur Erreichung der definitiven Leistung zu verhelfen, versucht man mit prozeßrechtlichen Bestimmungen zu erfüllen²⁸³). Doch ist die Bestimmung der geschuldeten Leistung beim VV von der Durchsetzung der durch ihn gewährten Ansprüche im Prozeß sowie von der Vollstreckbarkeit des entsprechenden Urteils zu unterscheiden.

B. Die praktische Bedeutung der genauen Bestimmung der

ließ aber dahingestellt, ob der Lieferant den Importeur auf Einholung der Bewilligung verklagen könnte.

280) BLOMEYER, SchR, § 2 II 3, S. 8 f.

281) HENRICH, S. 186, mit dem Unterschied, daß er von der Klage und dem Kläger statt von Anspruch und Gläubiger spricht. Dabei zeigt sich die prozessuale Auffassung der VV-Problematik, die aber in Wirklichkeit im materialrechtlichen Gebiet liegt.

282) Vgl. DEGENGOLB, S. 51; BGH WM 1969, 687; RG 124, 81.

283) HENRICH, S. 184-193, auf dem Boden der h.L. stehend, untersucht den "Erfüllungsanspruch" aus dem VV stets in Verbindung mit seiner Klagbarkeit bzw. mit der Vollstreckung des entsprechenden Urteils.

Leistung im VV zeigt sich bei der Erfüllung. Denn das Schuldverhältnis erlischt durch Erfüllung, wenn die "geschuldete" Leistung bewirkt wird (§ 362 I BGB). Der BGH hatte in einer Entscheidung von 1958²⁸⁴⁾ zu prüfen, wann die Verpflichtung zum Abschluß des HV erfüllt ist, und stellte folgenden Satz auf: "Die Verpflichtung aus dem VV zum Abschluß des HV erlischt nicht schon dadurch, daß der eine Teil dem anderen ein Vertragsangebot macht, dieser es aber ablehnt." Denn das "bloße Angebot" bedeute keine "vollständige" Erfüllung im Sinne des § 362 I BGB. Die Ablehnung des Antrags könne im Einzelfall verschiedene Bedeutung haben. Entweder liegt in ihr zugleich die Erklärung, einen HV nicht mehr abschließen zu wollen, oder sie ist keine endgültige Ablehnung, sondern erstrebt eine "günstigere" Bestimmung des HV. Im ersten Fall würden die vorvertraglichen Bindungen durch Annahme dieser Erklärung aufgehoben (Aufhebungsvertrag?); im zweiten sei allenfalls denkbar, daß die ablehnende Partei gegen Treu und Glauben verstößt, wenn sie nun ihrerseits den Abschluß des HV verlangt. Diese Grundsätze wurden in der h.L. aufgenommen²⁸⁵⁾, während andererseits das kritische Schrifttum sie als Beleg dafür heranzieht, daß die eigentliche Verpflichtung aus dem VV in dem "Bemühen um Übereinkunft in der Ausfüllung der im VV offen gelassenen Vertragslücken" besteht²⁸⁶⁾.

Zu bemerken ist hier, daß das Schuldverhältnis aus dem VV trotz der Ablehnung des Vertragsangebots fortbesteht, weil mit der Abgabe des Angebots der geschuldete Leistungserfolg nicht erreicht wird. Nach den allgemeinen Regeln hat die Annahmeverweigerung nicht ohne weiteres das Erlöschen des Schuldverhältnisses zur Folge, sondern beim Gläubigerverzug kann der Schuldner sich durch Erfüllungserersatz befreien²⁸⁷⁾. Im vorliegenden Fall wurde die Möglichkeit des Gläubigerverzugs nicht erörtert; der BGH ging davon aus, daß der VV-Partner zum Zweck einer

284) Urt. v. 21.1.1958 IM § 305 (3) BGB. Den Sachverhalt siehe oben § 2 III 1 a bb).

285) HENRICH, S. 213 f.

286) BRÜGGEMANN, S. 206 Sp. 1.

287) Vgl. BLOMEYER, SchR. § 36 S. 214, § 38 S. 223/24.

günstigeren Bestimmung des HV-Inhalts das (vorvertragsmäßige) Angebot des anderen ablehnen konnte, ohne damit seine Pflichten aus dem VV zu verletzen.

2. Das Causa-Problem

A. Das causa-Problem beim VV wurde umfassender erst von ROTH behandelt²⁸⁸⁾, der allerdings auf den modifizierten VV-Begriff (Geschäftserrichtungsvertrag) abstellt. Seitdem findet sich gelegentlich eine Erörterung der Frage in der Spezialliteratur²⁸⁹⁾. Während HENRICH in seiner Zusammenfassung der h.L. von der Frage absieht, untersucht neuerdings BRÜGGEMANN das causa-Problem im Zusammenhang mit dem Synallagma im VV²⁹⁰⁾.

Die "causa" ist ein schillernder Begriff des Zivilrechts²⁹¹⁾. Die moderne deutsche Lehre²⁹²⁾ unterscheidet im allgemeinen zwischen innerer causa (Rechts- oder Vertragsgrund) und äußerer causa (Leistungsgrund)²⁹³⁾. Die Terminologie ist jedoch nicht einheitlich. Aufgrund dieser Unterscheidung wird im folgenden die causa beim VV erörtert.

B. Vertragszweck (innere causa). Unter causa einer vertraglichen Verpflichtung versteht man den im Inhalt des Verpflichtungsgeschäfts liegenden typischen oder von den Parteien zum solchen erhobenen Geschäftszweck. Im VV sieht BRÜGGEMANN²⁹⁴⁾ als typischen Vertragszweck die Offenhaltung des durch ihn zu sichernden HV an. Daraus folgt die von STINZING²⁹⁵⁾ zum Hauptelement des VV erhobene

288) S. 276-286; vgl. die Ansätze bei STINZING, S. 13, 14.

289) So etwa Fritz KRAUSS, Der VV, Diss. Erlangen 1928, S. 16 ff.

290) S. 201 ff. insbesondere 205 Sp. 2.

291) So ESSER, SchR, I, § 4 II, S. 20 Anm. 8.

292) Überblick des Meinungsstandes bei H.P. WESTERMANN, Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, Diss. Köln 1964.

293) SIBER, SchR, S. 171 f; BLOMEYER, SchR, § 19, S. 80 ff; LARENZ, SchR II, § 62 I, S. 367; ESSER, ebenda.

294) S. 205 Sp. 2.

295) S. 14.

Pflicht zur Leistungsbereitschaft, wobei die Leistung des HV gemeint wird. Im übrigen hat der VV - wie ROTH dargetan hat - keinen selbständigen Rechtszweck, sondern seine Zweckbestimmung richtet sich nach dem weiteren Zweck des HV²⁹⁶). Diese "rechtszweckmäßige Abhängigkeit" von VV und HV ist für die einzelnen VV von verschiedener Bedeutung. Auf diesem Weg läßt BRÜGGEMANN^{296 a)} den Haftungsmaßstab sowie ein Kündigungs- oder Besitzrecht aus dem HV auch für den VV gelten.

Eine nicht im Vertrag aufgenommene oder ihm typischerweise gehörende Zweckerreichung bleibt grundsätzlich unbeachtet²⁹⁷). Jedoch kann ein gemeinsamer Zweck der Parteien nach § 242 BGB als gemeinsame Geschäftsgrundlage den Vertrag beeinflussen. Für den VV bedeutet das: liegt es im Sinne des VV, daß der HV überhaupt nicht oder doch nicht in der vereinbarten Fassung abgeschlossen werden muß, wenn sich die Umstände inzwischen verändert haben (Fortfall der Geschäftsgrundlage)? Ist die clausula rebus sic stantibus auch Bestandteil eines VV? In der Lehre wird die Frage bejaht²⁹⁸). Der BGH hat auch die Geltung des Grundsatzes für den VV anerkannt; das angefochtene Urteil wurde aufgehoben, weil das OLG den Beklagten zum Abschluß des HV in der im VV vereinbarten Fassung verurteilt hatte, ohne "die seit dem Abschluß des VV eingetretenen Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse zu berücksichtigen". Der Inhalt des HV hätte so festgelegt werden müssen, wie ihn die Parteien bei Kenntnis dieser Veränderungen festgelegt haben würden²⁹⁹). Im österreichischen Recht ist die c.r.s.s. sogar im Gesetz zum typischen Inhalt des VV erhoben. Nach § 936 ABGB ist der VV nur dann verbindlich, wenn nicht inzwischen "die Umstände dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte oder auf den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt

296) ROTH, S. 284.

296a) S. 205 Sp. 2.

297) "Beweggrund"; vgl. BLOMEYER, SchR, § 19, I 3, S. 83.

298) LEVINSON, S. 79 f; HENRICH, S. 208; Merkwürdigerweise behandelt BRÜGGEMANN die Frage nicht.

299) BGH NJW 1962, 1812; den Sachverhalt siehe oben § 2 V 3 h.

oder das Zutrauen des einen oder des anderen Teils verloren wird"³⁰⁰⁾. Ähnlich sieht die griechische Vertragsformularpraxis eine Anpassung des im VV vereinbarten Kaufpreises für den Fall einer Ab- oder Aufwertung der Währung vor³⁰¹⁾. Schließlich enthalten auch VV des deutschen Grundstücksverkehrs Rücktrittsklauseln, die beim Fortfall einiger der zum Vertragsinhalt erhobenen Geschäftsgrundlagen den VV auflösbar machen³⁰²⁾.

C. Leistungszweck (äußere causa). Jede Leistung geschieht zu einem vom Leistenden bestimmten Zweck. Daß die Leistung diesen Zweck erreicht, ist deren rechtlicher Grund (äußere causa). Fehlt dieser rechtliche Grund bei der mit der Leistung vorgenommenen Zuwendung, so ist der Empfänger nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff BGB) verpflichtet, die Leistung zurückzugewähren (sog. Leistungskondiktion). Beim VV stellt sich die Frage, welchen Einfluß ein nichtiger oder anfechtbarer VV auf einen mangelfrei abgeschlossenen HV hat.

a) Ein Teil der Lehre verbindet die Kondiktionsfrage in den Fällen eines formnichtigen VV mit der Heilung des Formmangels durch Erfüllung. Nach der h.M. gilt der Grundsatz, daß die Formnichtigkeit des VV durch den Abschluß eines formgültigen HV nicht geheilt wird³⁰³⁾. Glaubte die eine Partei irrtümlich zum Abschluß des HV verpflichtet zu sein, so kann sie ihre Leistung kondizieren³⁰⁴⁾. Wird der HV in Kenntnis des Formmangels abge-

300) Zur Bedeutung der Vorschrift für die Lehre von der Geschäftsgrundlage vgl. LARENZ, Geschäftsgrundlage, S. 60 f.

301) Siehe unten § 4 I 3.

302) Im übrigen müßte man vielleicht auch in Betracht ziehen, daß im VV eine gewisse Übernahme des Leistungsrisikos liegen kann, denn die durch den VV erzielte "Sicherung des HV" bedeutet möglicherweise die Sicherung des Abschlusses eines HV bestimmten Inhalts. Das Spekulationsmoment beim VV ist nicht notwendig aber möglich. Vgl. auch das Mißtrauen des österreichischen Gesetzgebers; dazu WABNITZ, S. 103.

303) HENRICH, S. 169. Ausgenommen werden die vom Gesetz vorgesehenen Heilungsfälle, wie etwa § 313 S. 2 BGB; HENRICH, ebenda; BLOMEYER, SchR, § 20 I 3, S.95; dazu oben III 7 d.

304) HENRICH, ebenda; ROTH, S. 326 f.; LEVINSOHN, S. 62 f.; vgl. BLOMEYER, ebenda.

schlossen, so ist zwar die Kondiktion ausgeschlossen (§ 814 BGB), das hat aber nicht ohne weiteres die Heilung des VV zur Folge³⁰⁵). Dagegen meint REINICKE, formnichtige VV werden immer gültig, wenn der HV formgerecht zustandegekommen ist; es sei ohne Belang, ob der Schuldner den HV aufgrund der vermeintlichen Verpflichtung aus dem VV geschlossen hat³⁰⁶). Dennoch sind die Voraussetzungen der Leistungskondiktion von dem Ausschluß der Kondiktion wegen Heilung des Grundgeschäfts zu unterscheiden. REINICKE beantwortet die Kondiktionsfrage mit einer allgemeinen Heilungsregel und umgeht dadurch das Problem, ob der VV den Rechtsgrund für den HV darstellt.

b) Die Kondiktionsfrage beschränkt sich aber nicht nur auf die Fälle der Formnichtigkeit. Das eigentliche Problem ist, ob der Abschluß des HV zum Zweck der Erfüllung einer (rechtswirksamen) Verbindlichkeit geschieht. Die h.M. bejaht die Frage³⁰⁷). Infolgedessen kann grundsätzlich jeder Partner den Abschluß des HV kondizieren, wenn dieser aus einem nichtigen VV erfolgt ist (§ 812 BGB). Ist der HV in Kenntnis der Unverbindlichkeit zustandegekommen, so ist die Kondiktion ausgeschlossen (§ 814 BGB). Mancherlei Unklarheit herrscht über die Anwendung dieser Grundsätze. Neben den umstrittenen Fällen des formnichtigen VV bereitet die Zulässigkeit der Kondiktion auch dann Schwierigkeiten, wenn der wirksame HV aufgrund eines inhaltlich nicht genügend bestimmten (und daher unverbindlichen) VV abgeschlossen wurde. Hier wäre der Bestimmtheitsgrad des VV entscheidend. Schließt jemand einen wirksamen Gesellschaftsvertrag, weil er glaubt, er sei aufgrund der

³⁰⁵) HENRICH, ebenda.

³⁰⁶) Rechtsfolgen, S. 27/28.

³⁰⁷) BLOMEYER, ebenda; LARENZ, Schr II, § 62 I, S. 367; LORENZ, JuS 1968, 442; BRÜGGEMANN, S. 206 Sp. 1. Die Frage wird auch im Zusammenhang mit der Möglichkeit eines kausalen Verpflichtungsgeschäfts behandelt, das seinerseits die Leistung eines anderen Geschäfts darstellt. LARENZ bringt den VV als Beispiel dafür. ENNECERUS-LEHMANN, § 221, S. 874 Anm. 2, erwähnen den Kaufvertrag, der in Folge einer irrigen Annahme geschlossen wurde, der Leistende sei aufgrund eines Vermächtnisses dazu verpflichtet. Gegen diese Möglichkeit wendet sich OERTMANN, Bem. 2a vor § 812.

Absprache "wir verpflichten uns ein Unternehmen zu gründen"³⁰⁸⁾ dazu verpflichtet, so kann er nicht kondizieren, denn die Absprache war ein Stadium der Vertragsverhandlungen, keine Verbindlichkeit im Sinne des Bereicherungsrechts. Anders stünde es im Fall RG 124, 81:³⁰⁹⁾ Die Einigung über einen Kaufpreis unter 40.000 Mark wäre möglicherweise aufgrund des für unverbindlich erwiesenen VV erfolgt. Um diese Probleme zu vermeiden, könnte man im Abschluß des HV eine "Bestätigung" des VV erblicken und damit jede Kondiktion ausschließen 310). Die Lösung wird schon für die Fälle der §§ 311, 2371 BGB herangezogen, bei denen keine Heilung eintritt, wie nach § 313 S. 2³¹¹⁾. Eine Bestätigung im Sinne des § 141 BGB wäre nur die neue Vornahme des VV, nicht aber der Abschluß des HV in dessen Erfüllung. Außerdem setzt die Bestätigung grundsätzlich Kenntnis der Nichtigkeit voraus³¹²⁾. Dann entfällt aber auch die Kondiktion (§ 814 BGB).

D. Jedenfalls gibt die "Bestätigung" den Ansatz für die Lösung des causa-Problems beim VV. Sie deutet nämlich auf das Verhältnis der vertraglichen Regelungen hin, die durch den VV und den HV begründet werden. Nimmt man mit HENRICH³¹³⁾ "eine Art Novation" an, so hebt der HV den VV auf und ersetzt ihn durch ein neues Schuldverhältnis. Diese Schuldersetzung ist möglicherweise kausal (causa = Erfüllung des VV), kann aber auch "abstrakt" sein, wenn die Parteien eindeutig vereinbaren, daß die neue Verbindlichkeit unabhängig vom VV gelten soll. Eine solche Ver-

308) Das Beispiel erwähnt FIKENTSCHER, Schr, § 23 I 4, S. 94 als unverbindlichen VV.

309) Oben § 2 II 1 c.

310) Ähnlich die Argumentation bei BRUGGEMANN, S. 206 Sp.1: "Der Einwand liegt nahe, hier werde der schwächere Wille des VV durch den stärkeren des HV absorbiert". REINICKE (aaO, S. 27) spricht von einem "bindenden Bekenntnis zum formnichtigen Vertrag".

311) BLOMEYER, ebenda.

312) BLANDT-DANCKELMANN, § 141 Anm. 1; vgl. BGHZ 11, 59 (60).

313) S. 191.

einbarung kann als Bestätigung ausgelegt werden, wenn sie in Kenntnis der Nichtigkeit des VV getroffen wird. Dagegen bleibt die Kondiktion nach § 812 BGB immer möglich, wenn die Parteien sich über die Wirksamkeit des VV geeinigt haben³¹⁴⁾.

3. Leistungsstörungen

Die vertragsmäßige Abwicklung des VV führt zum Abschluß des HV. Treten Umstände ein, die diese vertragsmäßige Abwicklung verhindern, so findet eine Änderung des Schuldverhältnisses kraft Gesetzes statt. Das BGB regelt im allgemeinen die Folgen der Unmöglichkeit und der nicht rechtzeitig erbrachten Leistung. Da diese Leistungsstörungen nicht alle Fälle decken, spricht man ferner von der positiven Vertragsverletzung, wenn die Leistung möglich und rechtzeitig erbracht, aber qualitativ schlecht ist. Im folgenden wird die Anwendung der Regeln über die Leistungsstörungen auf die VV untersucht.

a) Unmöglichkeit - Unvermögen (§§ 275 bis 283, 306-309, 323-325, 327 BGB)

Die Mitwirkung am Abschluß des endgültigen Vertrags kann als solche nicht unmöglich werden^{314a)}. Vielmehr hängt die Unmöglichkeit der Leistung bei VV mit der Unmöglichkeit der Leistung zusammen, die der HV zum Inhalt haben soll. So hält man die Erfüllung des VV für unmöglich, wenn der VV sich auf Abschluß eines VV richtet, dessen Leistung definitiv unmöglich ist³¹⁵⁾. Denn "Mitwirkung zum Abschluß eines nichtigen Vertrags (§ 306 BGB) kann nicht verlangt werden"³¹⁶⁾.

³¹⁴⁾ Vgl. auch BRÜGGEMANN, ebenda.

^{314a)} Bei nachträglicher Geschäftsunfähigkeit wird die geschuldete Willenserklärung durch den gesetzlichen Vertreter bzw. mit dessen Zustimmung abgegeben. Ist die Verpflichtung unvererblich (dazu unten 6 B), so erlischt das Schuldverhältnis mit dem Tod des Schuldners; sonst sind die Erben verpflichtet, den HV abzuschließen.

³¹⁵⁾ HENRICH, S. 206; BRÜGGEMANN, S. 208 Sp. 1.

³¹⁶⁾ So BRÜGGEMANN, ebenda; vorsichtiger meint HENRICH, man dürfe den Inhalt des VV dahin konkretisieren, daß er zum Abschluß eines rechtswirksamen Vertrags verpflichtet. Gelegentlich spricht der BGH (WM 1963, 664) von einer entsprechenden Anwendung des § 306 BGB auf den VV.

aa) Objektive Unmöglichkeit. ist beim Abschluß des VV die Leistung des HV objektiv unmöglich, so greifen die §§ 306 ff BGB ein; der VV ist nichtig, geschuldet werden kann nur das negative Interesse. Dagegen gelten die Bestimmungen der §§ 280, 325 BGB, wenn die Unmöglichkeit der Leistung aus dem HV nach dem Abschluß des VV eingetreten ist³¹⁷⁾; dann ist der VV gültig und der Schuldner hat das Erfüllungsinteresse zu ersetzen³¹⁸⁾. Bei genehmigungspflichtigen Leistungen gelten die allgemeinen Regeln: bis zur Versagung der Genehmigung ist die Leistung möglich, so daß § 306 entfällt³¹⁹⁾. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten, so gelten die §§ 275, 323 BGB³²⁰⁾.

bb) Anfängliches Unvermögen. Nach HENRICH³²¹⁾ ist der Schuldner nicht verpflichtet, den HV abzuschließen, wenn er von Anfang an zu dessen Erfüllung nicht in der Lage ist. Dieser Meinung ist nicht zu folgen, denn § 306 gilt bei anfänglichem Unvermögen nicht. Von einem ursprünglichen subjektiven Unmöglichkeit beim VV handelt eine Entscheidung des BGH von 1963. Der BGH³²²⁾ meinte, der Schuldner müsse dafür ohne Rücksicht auf Verschulden einstehen; der Gläubiger habe aus dem VV Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung³²³⁾.

317) Von einer (nachträglichen) Unmöglichkeit spricht das Kammergericht, in dem durch die die BGH LM § 256 (40) ZPO aufgehobenen Urteil (oben § 2 III 1 b). Die Klage begehrte Feststellung des Bestehens der erst mit Abschluß des HV zu begründenden Verpflichtung zur Überlassung von Mieträumen. Das Kammergericht hatte der Klage stattgegeben, weil mit der Feststellung der gleiche Erfolg hierbei erreicht werden konnte, wie mit der Leistungsklage (=Abschluß des HV). Der Abschluß des HV sei zwar weder tatsächlich noch rechtlich unmöglich, seine Durchführung aber durch die anderweitige Vermittlung so erheblich erschwert, gegebenenfalls wirtschaftlich unmöglich, daß auch ein Leistungstitel praktisch nur Feststellungswert haben würde.

318) So auch HENRICH, S. 204.

319) Vgl. BGHZ 37, 233 (240); von einem VV zu einem genehmigungsbedürftigen HV (Einfuhrbewilligung) handelt BGH LM 242 (3 a 10) BGB: Der Importeur hatte die Einfuhrbewilligung nicht beantragt; er mußte das Erfüllungsinteresse des Lieferanten ersetzen.

320) HENRICH, ebenda.

321) ebenda.

322) BGH WM 1963, 662 (664); oben § 2 V 6 d.

323) Außerdem spricht das Urteil undeutlich von Erfüllungswigerung (aaO, S. 665 a.E.) und Verzug, für den § 326 gelten soll.

cc) Vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit.

Neuerdings hat BRÜGGEMANN³²⁴⁾ die Problematik des § 324 BGB beim VV erörtert. Daß der Schuldner beim einseitigen HV frei ist und beim gegenseitigen HV die Gegenleistung verlangen kann (§ 329 I), bezeichnet er als "Verwirkung des HV-Signallagmas". Die Regeln für den Fall des Unmöglichwerdens während des Gläubigerverzugs (§ 344 II) wendet BRÜGGEMANN analog an.

b) Verzug

Während die Unmöglichkeit die Leistung des HV betrifft, kann ein Verzug beim VV nur in der Mitwirkungspflicht bestehen³²⁵⁾. Dabei hat der Gläubiger die sich aus den §§ 286, 326 BGB ergebenden Rechte³²⁶⁾. Der Verzug setzt die Fälligkeit der Leistung voraus (§ 284 I 1 BGB). Für den VV bedeutet das, daß der HV abschlußreif sein muß, denn erst dann kann der Gläubiger die Mitwirkung beim Vertragsschluß verlangen. Wann der HV abschlußreif wird, ergibt sich aus den Bestimmungen des VV. Zu Unrecht stellt HENRICH auf eine Zeitbestimmung ab, die nach seiner Meinung "im VV häufig fehlt". Allein eine Zeitbestimmung kennzeichnet die Fälligkeitszeit des VV nicht, weil sonst der VV bloß befristetes Hauptgeschäft wäre. Der HV wird abschlußreif, wenn die Umstände, die seinen Abschluß hinausgeschoben haben, eingetreten bzw. weggefallen sind³²⁷⁾. Daher ist die Zeitbestimmung im VV nicht notwendig. Enthält der VV einen Abschlußtermin, so stellt sich die Frage, ob der Abschluß des VV auch nach Ablauf des Termins verlangt werden kann. Während diese Frage im deutschen Recht nach den allgemeinen Regeln über die Leistungszeit zu beantworten ist, bereitet sie in anderen

Rechtsordnungen (Griechenland, Italien) einige

³²⁴⁾ BRÜGGEMANN, S. 208 Sp. 1.

³²⁵⁾ So richtig BRÜGGEMANN, S. 208 Sp. 2.

³²⁶⁾ Nach BRÜGGEMANN gilt § 326 BGB analog, während HENRICH (S. 193 ff., 214) die Bestimmung direkt anwendet.

³²⁷⁾ Der Streit darüber, ob § 271 Abs. 1 BGB für den VV gilt oder nicht, ist müßig. HENRICH meint, § 271 könne wegen des Wesens des VV auf denselben nicht angewendet werden, und er empfiehlt eine Änderung dieser Vorschrift nach dem Vorbild von Art. 1183 des italienischen codice civile (S. 193/194). Dagegen hält LEVINSOHN den VV für unverbindlich, wenn er keine Leistungszeit enthält (S. 55, 58). Diese Lösung gilt in Österreich (§ 936 ABGB).

Schwierigkeiten³²⁸⁾.

c) Positive Vertragsverletzung

Unter positiver Vertragsverletzung versteht man jedes vom Schuldner zu vertretende pflichtwidrige Verhalten, das nicht von den Regeln über die Leistungsunmöglichkeit und den Verzug erfaßt wird³²⁹⁾. In der Lehre wird beim VV ein Rücktrittsrecht anerkannt, wenn durch eine positive Vertragsverletzung der Vertragszweck derart gefährdet wird, daß dem vertragstreuen Teil unter Berücksichtigung der gesamten Umstände nach Treu und Glauben der Abschluß des HV nicht zugemutet werden kann³³⁰⁾. Dieses Recht steht grundsätzlich nur der vertragstreuen Partei zu. Eine Ausnahme gilt, wenn es sich bei dem abzuschließenden HV um ein Dauerschuldverhältnis handelt, das auf einem besonderen Vertragsverhältnis beruht, und dieses durch die positive Vertragsverletzung des anderen Teils derart erschüttert ist, daß ein gedeihliches Zusammenwirken der Parteien nicht mehr zu erwarten ist³³¹⁾.

4. Verjährung

A. Mangels einer besonderen Regelung unterliegt der Anspruch aus dem VV auf Abschluß des HV der regelmäßigen Verjährung (§ 195 BGB)³³²⁾. Im einzelnen ist der Grundsatz allerdings nicht unbestreitbar. Die Rechtsprechung hat sich mit der Frage beschäftigt, ob bei Einräumung eines Ankaufsrechts in der Form eines Kauf-VV der Anspruch auf Abschluß des endgültigen Vertrags verjährt oder einer Ausschlußfrist unterliegt. Während das OLG § 503 BGB entsprechend anwendete, der eine Ausschlußfrist für die Ausübung des Wiederkaufsrechts vorsieht, 328) Dazu unten § 4 IV 6, § 5, § 6.

329) BLOMEYER, SchR § 30 I S. 159.

330) HENRICH, S. 206.

331) BGH NJW 1958, 1531, oben § 2 V 6 b; HENRICH, S. 197, 206.

332) Nach § 936 S. 2 ABGB gilt eine Ausschlußfrist von einem Jahr. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem der HV abgeschlossen werden soll; vgl. KLING-GSCHNITZER, § 936 Bem. II 4.

entschied der BGH³³³⁾, daß der Anspruch nach § 195 BGB verjährt. Die Frist beträgt zwar in beiden Fällen 30 Jahre; der Lauf der Verjährung kann aber durch Unterbrechung und Hemmung gehindert werden, jener der Ausschlußfrist dagegen nicht³³⁴⁾. Die Besonderheit des vorliegenden Falles lag darin, daß der VV nur eine unter mehreren Auslegungsmöglichkeiten der betreffenden Vereinbarung war³³⁵⁾. Wäre die Vereinbarung ein potestativ bedingter (endgültiger) Kaufvertrag, so wäre die analoge Anwendung des § 503 BGB mangels jeder Fristsetzung angebracht. Dagegen führt die Auslegung der Abrede als Kauf-VV nach der Meinung des BGH zu der regelmäßigen Verjährungsfrist, die sogar durch eine zusätzliche Ausschlußfrist ergänzt werden könnte. Dazu sah der BGH allerdings kein Bedürfnis. Schon die unterbrechbare dreißigjährige Verjährungsfrist ist sehr lang; geholfen werden könnte hier mit dem "Fortfall der Geschäftsgrundlage" oder der unzulässigen Rechtsausübung³³⁶⁾.

Die Verjährungsfrist beginnt, sobald der HV abschlußreif ist. Ist dafür ein Termin maßgebend, so muß geprüft werden, ob der Termin ein Fälligkeits- oder Endtermin ist³³⁷⁾. Eine Verjährung kommt nur im ersten

333) Urt. v. 21.4.1967 BGHZ 47, 387.

334) Vgl. ENNECERUS-NIPPERDEY, § 230 III, S. 1401; § 234 S. 1414.

335) In einem notariellen Kaufvertrag aus dem Jahre 1927 verkaufte der Rechtsvorgänger der Beklagten an die Rechtsvorgängerin der Klägerin einen Teil seines Fabrikgrundwesens und räumte ihr das Recht ein, das Restgelände nach dem 1.4.1928 jederzeit unter festgelegten Bedingungen käuflich zu erwerben. Mit der 1960 erhobenen Klage begehrte die Klägerin Auflassung des Restgeländes Zug um Zug gegen Zahlung des vereinbarten Preises, befristete Räumung und Herausgabe, und hilfsweise Abschluß eines entsprechenden Kaufvertrags. Der Hauptantrag implizierte einen endgültigen Vertrag, der Hilfsantrag einen VV. Das OLG qualifizierte die Vereinbarung als Kauf-VV und der BGH ist dieser Meinung beigetreten.

336) So der BGH ebenda. HENRICH (S.219) empfiehlt für ähnliche Fälle das Rechtsinstitut der Verwirkung; das Ergebnis ist allerdings das gleiche.

337) Zu Unrecht nimmt HENRICH (S.218) immer einen Fälligkeitstermin, LEVINSOHN (S.75) immer einen Endtermin an. Zur Bedeutung des Abschlusstermines beim VV siehe oben IV 3 und unten § 6.

Fall in Frage. Hängt der Abschluß des HV vom Eintritt bestimmter Umstände ab, so fängt die Verjährung mit dem Eintritt derselben an³³⁸⁾.

B. Für Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verletzung der Pflichten aus dem VV gelten die allgemeinen Grundsätze³³⁹⁾.

5. Besonderheiten des VV zu einem Mietvertrag

Der Miet-VV gibt, wie jeder VV einen Anspruch auf Abschluß des HV. Außer diesem Anspruch und den eventuellen Schadensersatzforderungen wegen Vertragsverletzung sollten keine anderen Ansprüche aus dem VV als solchem vorhanden sein. Dennoch hatten die Gerichte sich mit zusätzlichen Fragen des durch einen Miet-VV begründeten Schuldverhältnisses zu beschäftigen. So entschied das LG Itzehoe³⁴⁰⁾, daß "auch ein VV zu einem Mietvertrag dem Mieter grundsätzlich ein Recht zum Besitz gebe". In einer Entscheidung des AG Köln³⁴¹⁾ hieß es u.a., ein Miet-VV genieße keinen Kündigungsschutz. Es ist jedoch zweifelhaft, ob es sich in beiden Fällen um besondere Regeln für den VV zu einem Mietvertrag handelt. Manche nehmen hier eine "Vorwirkung" des HV an³⁴²⁾. In Wirklichkeit geht es aber hier um Mietverträge im Sinne der §§ 535, 536 BGB: In beiden erwähnten Fällen war der Gebrauch der Mieträume gegen Mietzins überlassen worden. Die Abrede, daß ein endgültiger Vertrag abgeschlossen werden solle, bedeutet in der Tat, daß die Parteien einen mehrjährigen Mietvertrag ins Auge gefaßt hatten, und daß sie nur eine vorläufige Regelung des beabsichtigten Mietverhältnisses treffen wollten. Für eine

³³⁸⁾ Das gilt z.B. für genehmigungsbedürftige Verträge. Wird die Genehmigung erteilt, so kann der HV jederzeit abgeschlossen werden, es sei denn, daß die Parteien eine besondere Frist im VV vereinbart haben.

³³⁹⁾ So auch HENRICH, S. 219.

³⁴⁰⁾ Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1960, 89, siehe oben § 2 III 1 c.

³⁴¹⁾ Urt. v. 12.7.1960 MDR 1961, 943.

³⁴²⁾ BRÜGGEMANN, S. 205 Sp. 2; ROQUETTE spricht von Fernwirkungen des Miet-VV, JW 1937, 3206; vgl. ders., Das Mietrecht (1966), S. 131 f.

solche Vereinbarung gelten aber keine besonderen Bestimmungen über die VV, sondern die allgemeinen Vorschriften des Mietrechts. Insofern stellt die Entscheidung des LG Itzehoe eine Anwendung der allgemeinen Regeln dar, während das Urteil des AG Köln die Berufung auf die Kündigungsschutzgesetzgebung nicht wegen des VV hätte abweisen müssen³⁴³⁾.

6. Abtretbarkeit und Vererblichkeit

A. a) Wird im VV die Abtretbarkeit des Anspruchs auf Abschluß des HV ausdrücklich vereinbart, so gelten die allgemeinen Bestimmungen, soweit die Parteien keine besondere Regelung getroffen haben. Dagegen ist die Abtretbarkeit zweifelhaft, wenn der VV darüber schweigt³⁴⁴⁾. Maßgebend ist dann die Bestimmung des § 399 BGB: Die Abtretung ist ausgeschlossen, wenn die Leistung an einem anderen "nicht ohne Änderung ihres Inhalts erfolgen kann". Sas wird beim VV die Regel sein³⁴⁵⁾, denn mit dem Abschluß des endgültigen Vertrags wird in aller Regel der Zessionär auch Schuldner der durch den HV begründeten Verpflichtungen, und das ist für den VV-Schuldner nicht gleichgültig. Unrichtig spricht HENRICH³⁴⁶⁾ von einer (gemeinsamen) Abtretung der Rechte und Pflichten aus dem VV; das wäre die Übertragung des ganzen Schuldverhältnisses, für welche § 398 BGB nicht gilt. Der Fall ist ähnlich mit jenem der Vertragsübernahme, die nur mit Einverständnis aller Beteiligten wirksam ist³⁴⁷⁾.

b) Ansprüche auf Schadensersatz wegen Vertragsverletzung sind grundsätzlich abtretbar; die Leistung wird hier durch die Abtretung nicht geändert.

B. Über die Vererblichkeit von Rechten und Pflichten

343) Zum Problem siehe unten § 6.

344) Vgl. HENRICH, S. 220.

345) LARENZ, Schr I, § 30 II, S. 347, der die Frage mit den Kreditgewährungsverträgen verbindet.

346) S. 220. In Anlehnung an die h.L. verlangt er für die Wirksamkeit der Abtretung die Genehmigung des VV-Partners nach § 415 BGB.

347) Vgl. BLOMEYER, Schr, § 45, 2, S. 290.

aus dem VV stellt die h.L. keinen Grundsatz auf, sondern macht sie von der Rechtsnatur der bestimmten Erscheinungsform des VV abhängig³⁴⁸⁾. HENRICH³⁴⁹⁾ hält die Rechte und Pflichten aus einem VV zu Kauf- oder Miet-VV in der Regel für vererblich. Das Gegenteil soll für den VV zu Personalgesellschaften gelten. Diese Regeln sind jedoch unbrauchbar; die Vererblichkeit ist stets nach den Umständen des konkreten VV zu prüfen.

7. Vormerkung

Der Anspruch auf Abschluß des HV ist ein relatives Recht. Er kann aber sachenrechtlich gesichert werden durch Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch³⁵⁰⁾. Von praktischer Bedeutung ist die Vormerkung bei Einräumung eines Ankaufsrechts in der Form eines Kauf-VV. Dabei handelt es sich um eine Auflassungsvormerkung, obwohl sich der eigentliche Anspruch aus dem VV auf Abschluß des HV, nicht auf Auflassung richtet. Damit macht die h.L. einen "Durchgriff" auf die Hauptleistung, den sie bei der sonstigen Behandlung des Anspruchs verneint. Auch wenn man den zweiten Satz des § 883 Abs.I als Rechtsgrundlage annimmt³⁵¹⁾, ändert sich nichts an dem Durchgriff; ausschlaggebend ist, daß der VV-Berechtigte angesichts der Hauptleistung genau so gestellt wird, wie der HV-Berechtigte gestellt werden können würde.

8. Konkurs und Vergleich

A. Umstritten ist die Frage, ob § 17 KO auf den VV anwendbar ist³⁵²⁾. Die Anwendung setzt einen "zweiseitigen

³⁴⁸⁾ HENRICH, S. 221; vgl. STAUDINGER-BOEHMER, § 1922 Bem. 201.

³⁴⁹⁾ ebenda.

³⁵⁰⁾ STAUDINGER-RIEZLER, Vorbem. 20 vor § 145; STAUDINGER-SEUFFERT, § 883 Bem. 17 a; PALANDT-DEGENHARDT, § 883 Anm. 3 d aa) mit Nachweisen; anderer Meinung MERTEN, DRIZ 1928, 383. Der BGH (Urt.v.28.9.1962 MDR 1963, 37=WV 1962, 1399) bezeichnet die Frage als umstritten, nimmt aber keine eigene Stellung.

³⁵¹⁾ Vgl. etwa HENRICH, S. 191, Anm. 23; PALANDT-DEGENHARDT ebenda.

³⁵²⁾ Bejahend HENRICH, S. 221 f; ablehnend BRÜGGEMANN, S. 208/209.

gen", nicht vollständig erfüllten Vertrag voraus. Kann der VV ein solcher Vertrag sein? Mit Recht stellt BRÜGGEMANN³⁵³⁾ fest, daß beim VV das Austauschverhältnis (synallagmatische Verknüpfung der Verpflichtungen zum contrahere) fehlt. Von Bedeutung ist vielmehr, ob der VV sich auf Abschluß eines gegenseitigen Vertrags richtet³⁵⁴⁾. Ist das der Fall, so hängt ferner die Anwendung des § 17 KO davon ab, ob der Gemeinschuldner allein (einseitiger VV) oder beide Teile (zweiseitiger VV) den Abschluß des HV verlangen können. Der VV selbst braucht also nicht "zweiseitig" zu sein³⁵⁵⁾. Nach einer Ansicht "wird" der Konkursverwalter den Abschluß des HV verlangen oder annehmen, wenn er die Erfüllung des HV beabsichtigt³⁵⁶⁾. Macht der Konkursverwalter aber den Anspruch des Gemeinschuldners auf Abschluß des HV geltend, dann schließt er den HV, so daß die Anwendung des § 59 Ziff. 1 KO in Betracht kommt: Ansprüche, die aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen, sind Massenschulden und daher voll zu erfüllen³⁵⁷⁾.

Zweifelhaft ist ferner, ob der VV-Gläubiger außerhalb des Konkurses auf Abschluß des HV klagen kann. Die Antwort hängt von der Bezeichnung der Klage nach § 894 ZPO als Akt der Zwangsvollstreckung ab, denn nach § 14 Abs. I KO finden keine Zwangsvollstreckungen während des Konkursverfahrens zugunsten von Einzelgläubigern statt. Mit Recht kommt HENRICH^{357a)} zum Ergebnis, daß die Klage nach § 894 ZPO, auch wenn man ihre Zulässigkeit unterstellt, keinen Sinn hat, weil sie dem Gläubiger keinen Vermögensvorteil bringt.

Von praktischer Bedeutung ist die Frage nach der Rechtsstellung des VV-Käufers, dessen Anspruch auf Abschluß

353) S. 207 Sp. 1.

354) So richtig BRÜGGEMANN, S. 209 Sp. 1 a.E.

355) So aber HENRICH, ebenda; BRÜGGEMANN, S. 208 Sp. 2.

356) HENRICH, S. 221/222.

357) Vgl. JAEGER-LENT, Konkursordnung Bd. I § 59 Anm. 1. 357a) S. 223.

eines Grundstückskaufvertrages durch eine Vormerkung gesichert ist, wenn der Grundstückseigentümer in Konkurs fällt. Nach § 24 KO ist der Konkursverwalter zur Erfüllung des gesicherten Anspruchs verpflichtet; er kann diese nicht nach § 17 KO ablehnen. § 24 KO gilt auch für unseren Fall: auf Verlangen des VV-Berechtigten hat der Konkursverwalter den Kaufvertrag zu schließen und das Grundstück aufzulassen^{357b)}

B. BRÜGGEMANN^{357c)} erörtert die Frage, ob § 36 VglO für den zweiseitig bindenden VV gilt, und kommt zum Ergebnis, daß das Fehlen eines Austauschverhältnisses zwischen den beiden VV-Leistungen und die Möglichkeit zwei verschiedener Angebote zum Abschluß des HV der Anwendung der Vorschrift im Wege stehen. Dabei geht er davon aus, daß der VV nicht zum Teil erfüllt werden kann. Das gilt ohne Zweifel für die VV, die nur eine Verpflichtung zum contrahere zum Inhalt haben. Anders steht es jedoch, wenn etwa bei einem Kauf-VV der Käufer den Kaufpreis bis zum Abschluß des HV zahlen muß^{357d)}. Dann gibt es eine Teilleistung, für die die Anwendung des § 36 Abs. II VglO in Betracht kommt.

9. VV und Maklerlohn

Haben die Parteien infolge der Vermittlung eines Maklers einen VV abgeschlossen, so fragt sich, ob der Makler schon einen (vollen) Anspruch auf den Maklerlohn hat. Das OLG Schleswig³⁵⁸⁾ hat die Frage für den Fall eines VV zu einem Pachtvertrag verneint. Dennoch kann daraus keine allgemeine Regel gefolgert werden. Zu prüfen ist zunächst, ob eine ausdrückliche Vereinbarung im Maklervertrag getroffen wurde. In der Praxis begegnet man solchen Abreden bei Verträgen, welche die Vermittlung eines Darlehens zum Gegenstand haben; oft ist ein Teil des Maklerlohns schon mit der Kreditzusage

^{357b)} So auch HENRICH, S. 225.

^{357c)} S. 209^e Sp. 2.

^{357d)} Vgl. oben § 2 II 1 a.

³⁵⁸⁾ SchlHA 1957, 303; zustimmend BRÜGGEMANN, S.204 Anm. 39 a.

(nach der Rspr.: DarlehensVV) fällig³⁵⁹). In der Regel denken die Parteien eines Maklervertrages jedoch nicht an den VV. Dann kommt eine analoge Anwendung des § 652 Abs. I S. 2 BGB in Betracht: Der Maklerlohn kann erst mit dem Abschluß des HV verlangt werden³⁶⁰).

V. Prozeßrechtliche Fragen

1. Nach heute wohl einhelliger Meinung wird der Anspruch auf Abschluß des HV im Wege einer Klage gem. § 894 ZPO gerichtlich durchgesetzt³⁶¹). Im einzelnen hat die VV-Dogmatik die Problematik des Anspruchs auf Abschluß des HV mit der umstrittenen Problematik des § 894 ZPO nicht in vollem Einklang gebracht. Der Grund liegt darin, daß sehr selten auf Abschluß eines HV geklagt worden ist³⁶²). In der letzten Zeit hatte der BGH über zwei Klagen zu entscheiden, welche den Abschluß des HV begehrten. Im ersten Fall³⁶³) wurde das Urteil des OLG, das den VV als unzureichend bestimmt (und daher unverbindlich) ansah, ohne nähere Erörterung der Durchsetzung des Anspruchs aufgehoben, da nach Ansicht des BGH der VV bestimmbar war. Im zweiten Fall³⁶⁴) wurde ein Urteil der Vorinstanzen bestätigt, welches dem Beklagten zum Abschluß eines schriftlichen Mietvertrags verurteilte. Dieses "Leistungsurteil" wurde allerdings nach § 888 ZPO, nicht nach § 894 ZPO zur Vollstreckung gebracht³⁶⁵).

359) PALANDT-THOMAS, § 652, Anm. 9 A b; vgl. BGH WM 1962, 1264.

360) Art. 703 § 1 Satz 2 grZGB bestimmt, daß der Makler beim Abschluß nur eines VV die Hälfte des Maklerlohnes verlangen kann; siehe unten § 4 II 2 A b.

361) STAUDINGER-COING, Vorbem. 21 vor § 145; BLOMEYER, Schr § 18 III 1, S. 76; FIKENTSCHER, Schr, § 23 I 4 b, 94; LARENZ, Schr I, § 6 III, S. 76; HENRICH S. 184; RG 124, 81; BGH LM § 256 (40) ZPO.

362) Vgl. HENRICH, S. 192.

363) Urt.v.25.5.1961 (VII. Senat) WM 61, 1052; oben § 2 V 5 a.

364) Urt.v.14.6.1961 (VIII. Senat) WM 1961, 1053.

365) HENRICH meint, der BGH habe hier das Urteil deshalb nicht aufgehoben, "weil es den Beklagten nicht beschwerte und der Kläger es hingenommen hatte" (S.184 Anm. 2a).

Dabei ging die Rechtsprechung davon aus, daß die Errichtung des schriftlichen Vertrages nicht durch Urteil ersetzt werden konnte³⁶⁶).

In der Lehre stellt man zu dieser Problematik folgende Grundsätze auf:

a) Der Berechtigte aus dem VV kann auf Abschluß des HV klagen. Hier gilt die Fiktion des § 894 ZPO: Die Willenserklärung des Verpflichteten gilt als abgegeben, sobald das Urteil Rechtskraft erlangt hat. Der HV kommt allerdings erst mit der (formgerechten) Annahme der fingierten Willenserklärung zustande³⁶⁷).

b) Ist die Gegenleistung noch geschuldet, so gilt § 894 Satz 2 in Verbindung mit § 726 Abs. II ZPO: Wird die Verurteilung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so gilt die Willenserklärung mit der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils als abgegeben; die Ausfertigung kann dann erteilt werden, wenn der Beweis geführt ist, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzug der Annahme ist³⁶⁸).

c) Begründet der VV weitere Nebenpflichten und sind diese klagbar, so sind sie nach §§ 887 oder 888 ZPO zu vollstrecken³⁶⁹).

2. Die Forderung, dem VV-Gläubiger "zu der definitiven Leistung" zu verhelfen, ist der Lehre vom VV immanent. Sie hat in Frankreich zu der Regelung in Art. 1589 Code civil, in Italien zu der Regelung im Art. 2932 codice civile geführt. Mangels entsprechender Vorschriften hat man in Deutschland mehrere Lösungen empfohlen:

a) Nach einer Ansicht³⁷⁰) kann der Gläubiger seine Klage gegen den Schuldner auf Mitwirkung beim Vertragsschluß

³⁶⁶) Denkbar wäre die schriftliche Annahme eines Urteils nach § 894 ZPO; vgl. aber ROQUETTE, Mietrecht (1966), S. 130/131, der die notarielle Beurkundung der Annahmeerklärung verlangt(?); zutreffend aber KG Urt.v. 12.12.1952 mitgeteilt von CRANZ, HuW 1953, 446.

³⁶⁷) HENRICH, S. 184, 186.

³⁶⁸) Vgl. HENRICH, S. 188/189.

³⁶⁹) HENRICH, S. 185.

³⁷⁰) HENRICH, S. 187.

(§ 894 ZPO) mit der Klage auf Erfüllung des HV verbinden. Das zweite Klagebegehren soll dann nur für den Fall erhoben gelten, daß dem ersten Klageanspruch stattgegeben wird. Dabei handele es sich um eine "uneigentliche Eventualhäufung", nicht um eine eventuelle Klageverbindung, da man meist mit der letzteren die Geltendmachung des Eventualanpruchs für den Fall versteht, daß dem Hauptanspruch nicht stattgegeben wird. Die Idee einer derartigen Klageverbindung stammt vom Schrifttum zur Lehre vom Kontrahierungszwang³⁷¹⁾ und beruht auf dem Grundsatz der Prozeßökonomie³⁷²⁾. Klagt der Gläubiger unmittelbar auf Erfüllung des HV, so stellt sich das Problem, ob eine solche Klage ausreicht. HENRICH verneint die Frage mit der Begründung, daß für eine stillschweigende Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung jede Grundlage im Gesetz fehle³⁷³⁾.

b) Nach anderer Ansicht ist der "Durchgriff" auf die Hauptleistung nach dem Vorbild des Art. 1589 Code civil geboten³⁷⁴⁾. Diese Lösung wurde schon für die Fälle des Kontrahierungszwangs in der Form einer unmittelbaren Leistungsklage empfohlen³⁷⁵⁾, konnte sich aber nicht durchsetzen.

c) Gelegentlich wird dem VV-Gläubiger eine Klage nach § 259 ZPO zugesprochen³⁷⁶⁾. Es ist aber zweifelhaft, ob die Leistung aus dem HV eine künftige Leistung im Sinne des § 259 ZPO darstellt. In Wirklichkeit setzt

371) NIPPERDEY, Kontrahierungszwang, S. 118; vgl. aber schon HELLWIG, Anspruch und Klagerecht, S. 382.

372) HENRICH, ebenda.

373) Damit wird die Auffassung des Schrifttums zum Kontrahierungszwang und zur Wandlung beim Kauf (sog. Vertragstheorie), der Anspruch auf Vertragsschluß sei in dem Leistungsanspruch aus dem künftigen Vertrag "von selbst" mit enthalten (NIPPERDEY, ebenda), zurückgewiesen.

374) BLOMEYER, promesse, S. 296, 303.

375) MOLITOR, JherJahr 73 (1923), S. 1 ff (26); HAUPT, über faktische Vertragsverhältnisse, S. 22, 24.

376) STAUDINGER-RIEZLER, Vorbem. 20 vor § 145; LEVINSOHN, S. 68; weitere Nachweise bei HENRICH, S. 190, Anm. 21.

diese Vorschrift einen gegenwärtigen Anspruch voraus³⁷⁷⁾. Beim VV ist der Anspruch auf die Hauptleistung jedoch ein künftiger³⁷⁸⁾. Indessen hält man die Klage nach § 259 ZPO im Falle eines VV für zulässig, allerdings nur verbunden mit der Klage auf Abgabe der geschuldeten Willenserklärung³⁷⁹⁾.

3. Nach Maßgabe des § 256 ZPO kann eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses aus einem VV³⁸⁰⁾ erhoben werden. Eine Feststellungsklage ist auch hier nur dann zulässig, wenn noch nicht auf Leistung geklagt werden kann³⁸¹⁾. Zulässig ist jedenfalls eine Zwischenfeststellungsklage (§ 280 ZPO) verbunden mit einer Leistungsklage auf Abschluß des HV³⁸²⁾. Der BGH³⁸³⁾ hat schließlich ein Urteil des Kammergerichts aufgehoben, in dem das Bestehen der Verpflichtung aus einem Miet-VV zur Überlassung der Mieträume festgestellt wurde. Eine solche Feststellung setzte einen endgültigen Mietvertrag voraus, der aber erst nach Verurteilung zum Vertragsschluß zustandekommt. Bis dann konnte nur auf Abschluß des HV geklagt werden³⁸⁴⁾.

377) BLOMEYER, Zivilprozeßrecht, § 35 II 2 b, S. 152; STEIN-JONAS-POHLE § 259 Bem. I 1; ROSENBERG-SCHWAB, § 93 II 2, S. 440.

378) So auch HENRICH, S. 190/191.

379) HENRICH, S. 191.

380) Die Lehre spricht nur von einer Feststellung angesichts der Verpflichtung zum Abschluß des HV; vgl. STAUDINGER-RIEZLER, ebenda; HENRICH, S. 192 mit weiteren Nachweisen. Beispiel einer (negativen) Feststellungsklage betreffs eines VV: BGH NJW 1958, 1531, oben § 2 V 6 b.

381) BLOMEYER, Zivilprozeßrecht, § 37 III 3 a, S. 183; vgl. aber ROSENBERG-SCHWAB, S. 448, § 94 III 1: "in der Regel".

382) BGH WM 1961, 1053 (1054). Der Kläger hat beantragt Feststellung, daß ein VV zu einem Mietvertrag zustand gekommen war, und Verurteilung zum Abschluß des entsprechenden (schriftlichen) HV.

383) LM § 256 (40) ZPO.

384) Die Entscheidung des KG stellte eine Art "Durchgriff" dar. Die Frage spielte hier im Ergebnis keine Rolle, weil der BGH für die als VV bezeichnete Vereinbarung jede Rechtsverbindlichkeit verneinte.

4. Zusammenfassend ergibt sich: man ist sich darüber einig, daß der Schuldner die Erfüllung des HV nicht durch Berufung auf die Verpflichtung zum contrahere illusorisch machen darf. Die auf Abschluß eines Vertrags gerichtete Willenserklärung zu eigentlichem Leistungsgegenstand zu erheben, war immer als *circulus inutilis* empfunden, denn nach der Absicht der Parteien soll der Vertragszweck durch Sach- oder Dienstleistungen endgültig erfüllt werden. Die hL bemüht sich, diesen Umweg mit Hilfe von prozeßrechtlichen Vorschriften zu vermeiden. Dabei ist immer eine Verurteilung nach § 894 ZPO erforderlich, auch in Verbindung mit der Leistungsklage. Die Frage ist jedoch nicht im Prozeß-, sondern im materiellen Recht zu entscheiden. Die Betrachtung der einzelnen VV-Tatbestände zeigt, daß § 894 ZPO zumindest für die Mehrzahl dieser Tatbestände unbrauchbar ist (dazu unten § 6). Dagegen ist die Lösung nach § 259 ZPO sachgerechter. Sie beruht auf der Einsicht, daß der VV eine Rechtsform zur Hinausschiebung von vertraglichen Rechtsfolgen ist, wie die Rechtsform des bedingten Geschäfts, welches § 259 grundsätzlich betrifft. Deshalb kann eine Klage nach dieser Vorschrift (nur) vor Abschlußreife des HV erhoben werden. Die Lehre läßt indessen eine solche Klage auch mit der Abschlußreife des HV zu, was sich in der Verbindung der Klage mit jener nach § 894 ZPO zeigt. Das widerspricht aber der Tatsache, daß der HV eine "endgültige", d.h. nicht nochmals von künftigen Umständen abhängigen Regelung schafft. Daher ist auch diese prozeßrechtliche Lösung systematisch unrichtig. Vielmehr führt erst die materiellrechtliche Erfassung des Problems zur richtigen Antwort der einschlägigen Fragen (dazu unten § 6).

§ 4 - GRIECHISCHES RECHT

I. Begriff und Stellung des VV im griechischen Recht

1. Begriff des VV

A. Der Tatbestand des VV. Während das deutsche BGB den VV nicht erwähnt, enthält Art. 166 des grZGB von 1940¹⁾ unter der Überschrift "prosymfōnon" (= Vorvertrag) folgende Bestimmung:

"Der Vertrag, durch den sich die Parteien verpflichten, einen bestimmten Vertrag abzuschließen (Vorvertrag), ist der Form unterworfen, die das Gesetz für den abzuschließenden Vertrag bestimmt."

Diese Vorschrift weist die gleiche Struktur auf, wie Art. 247 grZGB²⁾, dessen Vorbild § 194 BGB ein Beispiel für eine Legaldefinition ist³⁾. Hier wird nämlich nicht nur die Form der VV geregelt⁴⁾, sondern auch deren Begriff definiert⁵⁾. Danach ist ein VV der Vertrag, welcher die Verpflichtung zum Abschluß eines weiteren Vertrags begründet. Zu dieser allgemeiner Begriffsbestimmung fügt das Gesetz zwei Tatbestandsmerkmale hinzu. Nach dem einen muß der abzuschließende Vertrag "bestimmt" sein, d.h. der Vertragstypus und seine wesentlichen Punkte müssen feststehen⁶⁾. Das zweite Tatbestandselement, "die Parteien verpflichten sich...", ist an sich überflüssig und gewissermaßen irreführend, denn es liegt die Annahme nahe, daß der VV zugunsten Dritter und

1) Deutsche Übersetzung von GOGOS, Das griechische ZGB, 1952, Beiträge zum grZGB in deutscher Sprache: PLAGIANAKOS, Die Entstehung des griechischen ZGB, 1963; GOGOS, AcP 29 (1944) 78 ff.; Artikel in RABELSZ: 7 (1933), 9 (1935), 10 (1936), 11 (1937), 12 (1938/39), 15 (1949/50), 27 (1962/63). In griechischer Sprache siehe zur Geschichte des grZGB, GAZIS, Allt, Heft 1, 1970.

2) Art. 247 grZGB: "Das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung".

3) Vgl. KLUG, Juristische Logik, 2. Aufl. 1958, S. 89.

4) Wie etwa bei Art. 1351 des italienischen c.c.; dazu unten § 5.

5) Vgl. Art. 22 Abs. I OR; § 936 ABGB.

6) Über die Bestimmtheit als Erfordernis des VV s. unten II.

der einseitig verpflichtende VV keine VV im Sinn dieser Vorschrift seien⁷⁾.

Aus dem Wortlaut des Art. 166 grZGB ergibt sich ferner, daß der VV nur ein schuldrechtlicher Vertrag sein kann. Dies ist für die Transkription und die Eintragung in die Vindikationsbücher von Bedeutung. Nach Art. 1192 Zif. 1 grZGB können nur "dingliche Rechtsgeschäfte über Grundstücke" transkribiert werden⁸⁾. Die VV, die ein Grundstück zum Leistungsgegenstand haben, sind daher nicht transkribierbar⁹⁾. In die Vindikationsbücher werden nach Art. 223 grZPGB¹⁰⁾ "dingliche, gemischte oder Besitzklagen ... die sich auf Grundstücke beziehen ... eingetragen".¹¹⁾ Die Klage aus dem VV ist also nicht einzutragen¹²⁾. Weiter stellt sich die Frage, ob VV zu jeder Vertragserscheinung zulässig sind. Da Art. 166 grZGB keine Einschränkung macht, können die Parteien grundsätzlich VV zu allen Vertragstypen abschließen. Man hält auch VV zu einseitigen Rechtsgeschäften für möglich¹³⁾, obwohl das Gesetz nur von "Verträgen" spricht¹⁴⁾. Jedoch scheiden VV zu Verträgen aus, deren Rechtswirkungen auf Grund zwingender Normen weder hinausgeschoben noch vor-

-
- 7) Vgl. die ursprüngliche Fassung der Vorschrift im Vorentwurf des Referenten (Art. 80) und im Entwurf der Redaktionskommission (Art. 75) lautete: "Der Vertrag, durch den die Verpflichtung zum Abschluß (eines) Rechtsgeschäfts übernommen wird (Vorvertrag), ist der gleichen Form unterworfen, wie das vorzunehmende Rechtsgeschäft"; SCHEDION, ALLT, S.91, 283.
- 8) Zum Transkriptionssystem s. unten 2.
- 9) Berufungsgericht Nayplion 413/1909, Themis 21, 591; BALIS, SaR § 185.
- 10) Deutsche Übersetzung des neuen griechischen Zivilprozeß-Gesetzbuches: BAUMGÄRTEL/RAMMOS, Das grZPGB mit Einführungsgesetz, 1969.
- 11) Vgl. RAMMOS, Grundriß I, S.92 ff.; T. OIKONOMOPOULOS, Handbuch, I, 2.Teil S. 36 ff. - Art. 223 grZPGB gibt grundsätzlich früheres Recht wieder, vgl. RAMMOS, Grundzüge, I (1961), S.301 ff.
- 12) Areopag 495/1936, Themis 48, 412 f.
- 13) RAMMOS in ERMAK Art. 166 Rdnr. 16; als Beispiel wird der VV erwähnt, durch den sich jemand verpflichtet, Anweisungen anzunehmen, vgl. Art. 877 grZGB (entspricht § 784 BGB).
- 14) Anders der Entwurf, s. oben Note 7.

weggenommen werden können; denn ein VV würde Wirkungen des HV auf einen anderen Zeitpunkt verlegen, als den seines Abschlusses. Solche Rechtsgeschäfte sind etwa die Adoption, die Eheschließung oder die Errichtung eines Testaments¹⁵⁾. Im übrigen dürfte man im griechischen Recht die VV nicht auf solche zu schuldrechtlichen Verträgen einschränken. Der von der Praxis entwickelte VV zu einem Kaufvertrag richtet sich auf Abschluß nicht nur des obligatorischen sondern auch des dinglichen Vertrags¹⁶⁾; in der Lehre wird ein VV zu einer Pfandbestellung konstruiert¹⁷⁾. Ähnlich spricht man von einem VV zur Mitgiftbestellung, welche ein Verfügungsgeschäft darstellt¹⁸⁾.

B. Die Arten der VV. Nach verschiedenen Gesichtspunkten lassen sich die VV in mehrere Gruppen einteilen:

a) Man unterscheidet zwischen einseitigen und zweiseitigen VV. Bei dem einseitigen VV steht nur der einen Partei der Anspruch auf Abschluß des HV zu, bei dem zweiseitigen VV beiden. In der Praxis kommt der zweiseitige VV am häufigsten vor, so daß Gesetz¹⁹⁾ und Lehre²⁰⁾ nur diese Form vor Augen haben. Die Rechtsprechung hat jedoch den

-
- 15) Die Adoption unter einer Bedingung oder Fristbestimmung ist nicht zulässig, Art. 1575 grZGB. Nach Art. 1350 Abs. 2 grZGB ist die "Einwilligung" zur Ehe persönlich und ohne Bedingung oder Frist abzugeben. Das Verlöbnis wird als Vertrag sui generis und nicht als "EheVV" charakterisiert (vgl. MICHAELIDIS-NOUARIOS, FamR S.23 f.). Im Fall des Testaments wäre der VV ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, ein Testament bestimmten Inhalts zu errichten. Ein derartiger Vertrag ist aber verboten, Art. 368 Abs. 2 grZGB (Testierfreiheit, vgl. § 2302 BGB).
- 16) In den notariellen KaufVV über Grundstücke findet sich die Wendung: "Der obengenannte X ... übernimmt die Verpflichtung, das erwähnte Grundstück (an Y) zu verkaufen, zu überlassen und zu übertragen". Siehe die Muster unter 3.
- 17) BALIS, SaR § 200, 1. BALIS meint, daß nach dem grZGB die Bestellung eines Pfandrechts "ausschließlich" ein dinglicher Vertrag sei. Ein "selbständig und parallel" wirkender obligatorischer Vertrag sei hier nicht "denkbar". Wirksam sei jedoch ein VV ("pactum de oppignerando")
- 18) Art. 1406 § 2 grZGB: "Die Mitgift wird durch Vertrag mit dem Manne oder durch letztwillige Verfügung bestellt".
- 19) Vgl. Art. 166 grZGB.
- 20) RAMMOS in ERMAK Art. 166 Rdnr. 3a; TOUSIS, AllT, S.480; BALIS, AllT. § 58. GEORGIADIS, symphonon S. 62 Anm. 5, weist darauf hin, daß die Lehre unterscheidet kaum

einseitigen VV als solchen anerkannt²¹⁾.

b) Neben der Grundform des VV, bei der die Parteien sich verpflichten, einen Vertrag miteinander abzuschließen, gibt es noch den VV zugunsten Dritter, durch den die eine Partei die Verpflichtung übernimmt, mit einem Dritten zu kontrahieren²²⁾. Dabei braucht die Person des Dritten nicht schon im VV festzustehen; es kann auch vereinbart werden, der Verpflichtete solle den HV mit einem vom Vertragspartner zu benennenden Dritten abschließen²³⁾. Für solche VV gelten die Bestimmungen über den gewöhnlichen VV²⁴⁾ sowie besondere Vorschriften²⁵⁾. Mit dem VV zugunsten Dritter stellt sich die Frage nach der Abgrenzung des VV gegenüber dem Auftrag und der Vollmacht²⁶⁾.

c) Angesichts der Berechnung von (Immobilien-) Steuern, notariellen Kosten und sonstigen Gebühren unterscheidet man zwischen "echten VV"²⁷⁾, die sich auf die Bindung der Parteien zum Abschluß des HV beschränken, und VV, auf Grund deren bereits Vorauszahlungen²⁸⁾ vor dem Abschluß des HV erfolgen²⁹⁾.

zwischen einseitig bindendem und zweiseitig bindendem VV.

21) Areopag 425/1950, Themis 61, 777: "Der Charakter des VV ändert sich nicht dadurch, daß nur der eine Vertragspartner den Abschluß des HV verlangen kann."

22) RAMMOS in ERMAK Art. 166 Rdnr. 7; TOUSIS, AllT S. 483; BALIS, AllT § 58; GIANNOPOULOS, Art. 166, 2.

23) Vgl. den "contratto per persona da nominare" des italienischen Rechts, unten § 4.

24) Ao etwa Art. 166 grZGB; Art. 1011 grZPGB.

25) Z.B. Gesetz 1587/1950 Art. 2 Satz 2, s. unten II.

26) Siehe unten C.

27) So der stellvertretende Staatsanwalt beim Areopag P. THERAPOS im Gutachten Nr. 11/1967, NoB 16 (1868), S. 563.

28) In Form einer "Draufgabe", Anzahlung oder Annahme von Wechseln.

29) THERAPOS, ebenda; in gleichem Sinn, Generalstaatsanwalt beim Areopag TOUSIS im Gutachten Nr. 38/1954, Themis 65 (1954) S. 941 f.; vgl. Präsidentialverordnung vom 28. 7. 1931 (Stempelsteuergesetz), Art. 13.

d) Bei der Regelung des Darlehns (Art. 806 ff grZGB), der Leihe (Art. 810 ff grZGB), der Verwahrung (Art. 822 grZGB) und des Pfandrechts (Art. 1211 grZGB) folgt das Gesetz der römischrechtlichen Realvertragstheorie, nach der der Vertrag nicht zustandekommt, solange die Leistung nicht erbracht ist³⁰⁾. Wird die Sachleistung nur versprochen, so soll dies ein VV sein, der zum Abschluß des Realvertrags verpflichtet³¹⁾. Die VV teilen sich also in VV zu Realverträgen und in VV zu Konsensualverträgen ein. Diese Unterscheidung ist für die Anwendung Art. 1011 grZPGB³²⁾ über die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung von Bedeutung. Es ist nämlich umstritten, ob diese Vorschrift auf VV zu Realverträgen anzuwenden ist oder nicht³³⁾.

e) Schließlich teilen sich die VV in solche zu formbedürftigen und in solche zu formfreien Verträgen ein. Die VV zu formbedürftigen Verträgen sind ebenfalls formbedürftig (Art. 166 grZGB) und werfen bei der Zwangsvollstreckung einige besondere Probleme auf³⁴⁾.

C. Abgrenzungsfragen

a) VV und unverbindliche Vorverhandlungen

Der VV wird nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte und Verträge (Art. 127 ff, 185 ff grZGB)³⁵⁾ abgeschlossen. Für die Abgrenzung zwischen unverbindlichen Abreden und einem bindenden VV sind also folgende Regeln maßgebend:

aa) Der VV kommt durch Antrag und Annahme des Antrags zustande (Art. 185 ff grZGB)³⁶⁾.

bb) Solange sich die Parteien nicht über alle Punkte ge-

³⁰⁾ BALIS, AllgT § 82 a.E.

³¹⁾ Vgl. LIGEROPOULOS, SchR S. 229 f.; RAMMOS in ERMAK Art. 166 Rdnr. 5. In der modernen Lehre wird der Konsensualdarlehn auf Grund der Vertragsfreiheit als HV anerkannt, s. unten III 7.

³²⁾ Entspricht § 894 ZPO; vgl. Art. 882 Abs.II Satz 2 grZPO.

³³⁾ RAMMOS, Grundriß, II, S.437; RAMMOS, in ERMAK Art. 166 Rdnr.5. Vgl. unten V.

³⁴⁾ Dazu unten IV.

³⁵⁾ Vgl. §§ 104 ff, 145 ff BGB.

³⁶⁾ Vgl. §§ 145 ff BGB.

einigt haben, ist der VV im Zweifel nicht geschlossen (Art. 195 grZGB).

cc) Der VV bedarf einer Form, nur wenn das Gesetz es vorschreibt (Art. 166, 158 grZGB) oder wenn die Parteien eine Form vereinbart haben. Die Nichtbeachtung der gesetzlichen Form hat die Nichtigkeit des VV zur Folge (Art. 159 grZGB), d.h. die Parteien sind vertraglich nicht gebunden³⁷⁾. Für die Fälle der vereinbarten Form gelten zwei unterschiedliche Auslegungsregeln: wurde die Form vor dem Abschluß des VV vereinbart, dann ist der formlose VV im Zweifel nichtig (Art. 159 § 2 grZGB)³⁸⁾. Dagegen gilt der VV im Zweifel "auch ohne die Aufsetzung der Urkunde", wenn sich die Parteien vorbehalten haben, über einen schon abgeschlossenen VV eine Urkunde "aufzusetzen" (Art. 165 grZGB)³⁹⁾. Da es oft fraglich sein wird, ob die Beurkundungsabrede vor oder nach dem Abschluß des Vertrages getroffen worden ist, greifen hier die Regeln über die Beweislast ein⁴⁰⁾. In der Praxis bereitet heute die Unterscheidung zwischen einem VV und den unverbindlichen Vorverhandlungen keine große Schwierigkeit, weil die üblichen notariellen VV zum Abschluß eines Immobilienkaufs den Bindungswillen der Parteien eindeutig zum Ausdruck bringen⁴¹⁾.

Im übrigen kennt das griechische Recht die Zwischenfigur der Punktation nicht, welche in einigen mitteleuropäischen Rechten⁴²⁾ die Trennungslinie zwischen Vertrag und Nicht-

37) Nach der Rechtsprechung und großem Teil der Lehre ist die Berufung auf die Formnichtigkeit keine unzulässige Rechtsausübung. Gegebenenfalls kann die eine Partei wegen culpa in contrahendo haften. Vgl. unten II.

38) BALIS, AllgT, § 55; RAMMOS in ERMAK Art. 159 Rdnr.14-22. Vgl. § 125 BGB.

39) Anders § 154 Abs. II BGB.

40) So RAMMOS, ebenda: Kann die beweisbelastete Partei nicht beweisen, daß der (Vor-)Vertrag zustande gekommen ist, dann gilt die Auslegungsregel Art. 159 § 2 grZGB.

41) Vgl. die Muster unter 3. Anders im früheren Recht, nach dem der formlose VV zu einem Grundstückskauf als rechtswirksam anerkannt worden war; s. unten II 1.

42) Überblick der Regelungen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht bei HENRICH, S. 101 ff mit weiteren Nachweisen.

vertrag unklar macht⁴³⁾.

b) VV und definitiver Vertrag

Die Frage, ob eine Vereinbarung als VV oder als definitiver Vertrag zu qualifizieren ist, läßt sich im griechischen Recht ohne besondere Schwierigkeit beantworten; die Parteien bezeichnen in den meisten Fällen den VV ausdrücklich als solchen und bestimmen im einzelnen die Voraussetzungen für den Abschluß des HV⁴⁴⁾. Sollte jedoch der Vertragsinhalt mehrdeutig sein, dann richtet sich die Qualifikation nach den allgemeinen Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen: der Richter hat den "wahren" Willen ohne Haftung an den Worten zu erforschen (Art. 173 grZGB)⁴⁵⁾ und den Vertrag so auszulegen, "wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern" (Art. 200 grZGB)⁴⁶⁾. Zweifelhaft kann z.B. sein, ob ein VV oder ein bedingter Vertrag (HV) vorliegt⁴⁷⁾.

c) VV und Optionsvertrag

Unter Optionsvertrag versteht man im griechischen Recht den Vertrag, in welchem einer Partei das Recht eingeräumt wird, durch einseitige Erklärung an die andere Partei ein Vertragsverhältnis zustande zu bringen⁴⁸⁾. Der Unterschied von VV und Optionsvertrag wird sowohl im Schrifttum⁴⁹⁾ als auch

43) Eine Vorschrift über die Punktation wurde im grZGB nicht aufgenommen. Der Referent des Vorentwurfs hat § 885 ABGB als "gefährlich" und § 154 Abs. I Satz 2 als "überflüssig" abgelehnt, SCHEDION AllgT S. 214 f. TOUSIS, AllgT S. 489, behandelt die Punktation im Anschluß an den VV und erklärt sie für "rechtlich unbrauchbar", da es die Vorschrift über den VV gebe (?).

44) Vgl. die Muster unten 3.

45) Vgl. § 133 BGB.

46) Vgl. § 157 BGB.

47) Das LG Piräus (LGspräsident) 790/1954, NoB 2 (1954), S. 685 f. hat einen VV in einer Vereinbarung über die künftige Anstellung des Klägers einen VV gesehen, die man auch als bedingten HV (Dienstvertrag) auffassen könnte (so die Anmerkung zu dieser Entscheidung). Nach dem Areopag 119/1951, Themis 62 (1951), S. 326, ist die Entscheidung des Tatrichters, ob ein VV oder ein bedingter Vertrag vorliegt, "unüberprüfbar".

48) BALIS, AllgT. § 58; RAMMOS in ERMAK Art. 166 Rdnr. 8; TOUSIS, AllgT S. 484; FOURKIOTIS, Themis 60 (1949), S. 610. Zuletzt sehr eingehend GEORGIADIS, symfonon proaireseos kai dikaiōma proaireseos (=Optionsvertrag und Optionsrecht), 1970.

49) Siehe vorige Note, Abweichend nur BOSDAS, S. 156.

in der Rechtsprechung betont⁵⁰⁾. Unschwer ist die Abgrenzung des zweiseitig bindenden VV gegenüber dem Optionsvertrag; beim ersteren kann jede Partei von der anderen den Abschluß des HV verlangen, während im Optionsvertrag nur ein Beteiligter das Recht hat, den HV zur Entstehung zu bringen⁵¹⁾. Dagegen macht die Unterscheidung von einseitig bindendem VV und Optionsvertrag oft Schwierigkeiten⁵²⁾. In beiden Fällen steht die Herbeiführung des HV allein einer Partei zu. Aber die Berechtigte aus dem VV benötigt hierzu noch die Mitwirkung des anderen, welche beim Optionsvertrag gerade nicht erforderlich ist. Weigert sich der Verpflichtete aus dem VV, den HV abzuschließen, so kann der Berechtigte entweder Art. 1011 grZPGB auf Abgabe der geschuldeten Willenserklärung klagen oder seine Rechte nach Art. 343 grZGB (Folgen des Verzugs des Schuldners) geltend machen⁵³⁾. Dagegen bewirkt der Optionsberechtigte mit Ausübung der Option die Entstehung des HV, auch wenn der andere Vertragspartner den HV ablehnt⁵⁴⁾. Trotz dieser klaren begrifflichen Unterscheidung ist es in der Praxis oft fraglich, ob die Parteien einen VV oder einen Optionsvertrag gewollt haben. In solchen Fällen muß die Vertragsauslegung helfen⁵⁵⁾. Ein VV liegt dann vor, wenn eine endgültige Bindung durch den HV entweder nicht möglich oder nicht zweckmäßig war. Dagegen geht es um einen Optionsvertrag, wenn der Inhalt des HV detailliert festgelegt worden ist, und nur die endgültige Bindung eines Beteiligten fehlt⁵⁶⁾. Der typisierte VV mit der Selbstkontrahierungsklausel⁵⁷⁾ hat allerdings die gleichen Wirkungen

50) Vgl. LG Piräus 977/1952 Themis 64 (1953) S. 270; Berufungsgericht (OLG) Athen 1898/1955 EEN 23 (1956) S.242.

51) Möglich ist allerdings auch ein "zweiseitiger" Optionsvertrag: die Miterben A und B vereinbaren, daß jeder das Recht hat, den Erbteil des anderen zu "kaufen"; so GEORGIADIS, symfonon, S. 4 Anm. 7.

52) GEORGIADIS, aaO, S. 63 ff.

53) GEORGIADIS, aaO, S. 64.

54) GEORGIADIS, aaO, S. 65.

55) So GEORGIADIS, aaO, S. 66.

56) GEORGIADIS, aaO, S. 67, erwägt auch die Meinung HENRICHS (S. 233), der auf die Zeitbestimmungen abstellt, hält aber dieses Kriterium für unsicher.

57) Vgl. die Muster unter 3.

wie der Optionsvertrag. Mit der Selbstkontrahierungsklausel wird die "unwiderrufliche Vollmacht" erteilt, bei vertragswidrigen Weigerung des VVspartners den HV durch Insichgeschäft abzuschließen. Wie beim Optionsvertrag, kommt auch hier der HV ohne weiteres Zutun des Verpflichteten zustande⁵⁸⁾.

d) VV, Auftrag und Vollmacht

1. Das grZGB scheidet strang die unmittelbare Stellvertretung (Art. 211 grZGB) von dem Auftrag (Art. 713 grZGB)⁵⁹⁾. Während der Auftrag grundsätzlich formlos abgeschlossen werden kann⁶⁰⁾, verlangt Art. 217 § 2 grZGB für die Erteilung der Vertretungsmacht (Vollmacht) die gleiche Form, die für das Rechtsgeschäft erforderlich ist, "auf das sich die Vollmacht bezieht"⁶¹⁾. Im früheren Recht wie unter diesen Vorschriften des grZGB herrschte bis vor einiger Zeit die Meinung, daß der Auftrag zum Kauf eines Grundstücks

58) Das Berufungsgericht Athen (1898/1955, EEN 23, 242 ff) hatte über folgenden Fall zu entscheiden: In einem notariellen Vertrag verpflichteten sich die Parteien, einen inhaltlich festgelegten Pachtvertrag abzuschließen. Den Vertrag bezeichneten sie als VV. Im einzelnen war vereinbart, der künftige Pächter solle den Pachtvertrag "einseitig" zustande bringen können, wenn der Verpächter nicht zur Unterschreibung des endgültigen Vertrages erscheinen würde. Das Gericht qualifizierte die Abrede als Optionsvertrag, denn "es sei nicht ausgeschlossen, daß ein Optionsrecht in einem VV eingeräumt wird". Trotzdem sagt das Urteil weiter, die Abrede sei ein Selbstkontrahierungsklausel "oder" ein Optionsrecht. Diese Gleichsetzung von Insichgeschäft und Optionsausübung spielte für die Beurteilung des vorliegenden Falles keine Rolle. Beide Rechtsformen waren hier äquivalent; beide waren formbedürftig. Anders wäre es, wenn der HV formfrei wäre. Dann wäre die Optionsausübung ebenfalls formfrei, während das Insichgeschäft nach Art. 217 § 2 grZGB auch dann notariell vorgenommen werden müßte.

59) Das grZGB regelt beide Rechtsinstitute grundsätzlich nach dem Vorbild des BGB (vgl. Art. 211 ff, 713 ff grZGB einerseits und §§ 164 ff, 662 ff BGB andererseits: siehe auch SCHEDION, AllgT S. 225 ff). Anders im französischen Recht, wo beide Begriffe gleichbedeutend sind (Art. 1984 code civile, "mandat ou procuration").

60) Art. 713 i.V.m. Art. 158 grZGB; vgl. § 662 BGB.

61) Anders § 167 Abs. 2 BGB; vgl. PALANDT-DANCKELMANN § 167 Anm. 1 b.

formfrei ist⁶²⁾. Der Areopag hat mit den Entscheidungen 1/1960 und 114/1960 (Plenum)⁶³⁾ diese Ansicht aufgegeben und ist der entgegenstehenden Meinung beigetreten, nach der der Auftrag zum Grundstückskauf notariell abgeschlossen werden muß. Bei der lebhaften Diskussion, die diese Entscheidungen ausgelöst haben⁶⁴⁾, wurde die Rechtsform des VV ins Feld gezogen. Enthält der Auftrag eine mittelbare Stellvertretung, dann handelt der Beauftragte im eigenen Namen, d.h. er kauft und er wird Eigentümer der Sache, ist aber verpflichtet, das Grundstück an den Auftraggeber "weiterzuübertragen". Hinsichtlich dieser Verpflichtung ist der Auftrag - nach den Vertretern der zweiten Meinung - ein VV, denn im Auftragsvertrag verpflichteten sich die Parteien, einen Vertrag über die Grundstücksübertragung auf den Auftragsgeber abzuschließen. In diesem Fall bedarf der Auftrag als VV der notariellen Form gemäß Art. 166, 369, 1033 grZGB⁶⁵⁾. Die Gegenmeinung⁶⁶⁾ lehnt die VVskonstruktion mit der Begründung ab, die Verpflichtung zur Übertragung beruhe sich nicht auf dem Vertrag, sondern direkt auf dem Gesetz (Art. 719 grZGB)⁶⁷⁾. Infolgedessen sei der Auftrag zum Grundstückskauf formfrei⁶⁸⁾. Abgesehen von der Formfrage ist der VV vom Auftrag deutlich zu unterscheiden. Durch den Auftragsvertrag verpflichtet sich der Beauftragte, eine ihm vom Auftraggeber übertragene Angelegenheit unentgeltlich zu besorgen (Art. 773 grZGB). Aus der "Natur des Auftrages" ergibt sich⁶⁹⁾, daß der Beauftragte alles herausgeben muß, was er "zur Ausführung des Auftrages er-

62) Areopag 337/1930, Themis 42, 98; Areopag 169/1958 EEN 21, 616; SOURLAS in ERMAK Art. 369 Rdnr. 6; ZEPOS, Schr II, S. 417 Anm. 4.

63) NoB 8 (1960) 265; 710 = EEN 27, 257.

64) Überblick bei ZEPOS, ebenda; vgl. ferner MICHAELIDIS-NOUARIOS, Festschrift, S. 344; TSIRIDANIS, Festschrift, S. 379.

65) So TSIRINTANIS, ebenda; KAPODISTRIAS in ERMAK Art. 713 Rdnr. 30, 51.

66) SOURLAS, entolê, NoB 10 (1962) S. 4; vgl. BOUSIKAS, entolê, NoB 9 (1961) S. 1217; ZEPOS, Schr II, S. 417.

67) "Der Beauftragte ist verpflichtet ... alles ... was er ... aus der Ausführung (des Auftrages) erhalten hat, herauszugeben. Vgl. § 667 BGB.

68) Vgl. die deutsche Rechtsprechung zur gleichen Frage bei PALANDT-DANCKELMANN § 313 Anm. 5.

69) So ZEPOS Schr II, S. 423.

halten oder aus der Ausführung erlangt hat" (Art. 719 grZGB)⁷⁰⁾. Ist Gegenstand des Auftrages der Erwerb einer Sache, so kann man diese Nebenpflicht nicht als Folge eines "stillschweigenden VV"⁷¹⁾ auffassen, denn die Übertragung der erhaltenen bzw. erlangten Sache erfolgt auf Grund des Auftragsvertrages, der als Grundverhältnis die "Quelle" von mehreren Rechten und Pflichten sein kann⁷²⁾. Der VV begründet dagegen die Hauptpflicht zum Abschluß des endgültigen Vertrages. Von dieser Verpflichtung können die VVsparteien in der Regel einseitig nicht loskommen, während Auftraggeber und Beauftragtem ein Widerrufs- bzw. Kündigungsrecht zusteht (Art. 724, 725 grZGB, vgl. § 671 BGB).

2. Der VV ist auch gegenüber der Vollmacht abzugrenzen. Unter Vollmacht versteht man das einseitige Rechtsgeschäft, durch das jemand einem anderen die Vertretungsmacht erteilt (Art. 216 grZGB)⁷³⁾. Wegen der Verselbständigung der Vollmacht gegenüber dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis,⁷⁴⁾ kann eine "isolierte" Vollmacht auch im griechischen Recht erteilt werden⁷⁵⁾. Beispiel einer abstrakten Vollmacht ist das von der Praxis entwickelte, einseitige⁷⁶⁾ Rechtsgeschäft, durch das der Erklärende einem anderen die unwiderrufliche Vollmacht zur uneingeschränkten Verfügung über ein Grundstück erteilt. Das Grundverhältnis zwischen Vertretenem und Bevollmächtigtem ist meistens ein Kaufvertrag. Da der Bevollmächtigte das Grundstück weiterverkaufen will und die Kosten des Zwischenerwerbs vermieden

70) Vgl. auch im römischen Recht: "apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet", Dig. 17.1.20 pr.

71) So aber KAPODISTRIAS in ERMAK Art. 713 Rdnr. 51.

72) Auch im griechischen Recht unterscheidet man zwischen dem Schuldverhältnis als Gesamtheit von mehreren Rechtsfolgen ("Grundverhältnis", "Organismus") und den einzelnen Ansprüchen und Pflichten, die aus ihm "entspringen"; LIGEROPOULOS, SchR S. 5.

73) Vgl. § 167 Abs. I BGB.

74) Dazu TSIRINTANIS, Festschrift, S. 375 ff.

75) Vgl. BALIS, AllgT § 113, 2, 3.

76) Darin erkennt man, ob eine Vollmacht (einseitiges Rechtsgeschäft) oder ein Auftrag (Vertrag) vorliegt, weil in den meisten notariellen Abmachungen dieser Art die termini "Vollmacht", "Auftrag", "Ermächtigung" usw. wechselweise und untechnisch verwendet werden.

werden sollen, erteilt der ursprüngliche Verkäufer ihm die unwiderrufliche Vollmacht zur Veräußerung der Sache. Diese Art der Vollmacht hat die gleiche Funktion wie der VV zugunsten (unbenannten) Dritter; unterscheidet sich aber von ihm dadurch, daß der Dritte hierbei mit dem Bevollmächtigten⁷⁷⁾ kontrahiert, während beim VV der Kaufvertrag mit dem ursprünglichen Verkäufer abgeschlossen wird⁷⁸⁾.

e) VV und Gesellschaft

In einem neueren Urteil des Areopags⁷⁹⁾ ging es um die Qualifikation einer privatschriftlichen Vereinbarung, die der Kläger als stille Gesellschaft bezeichnete, während das Berufungsgericht in dieser Abmachung einen VV zum Verkauf eines (ideellen) Anteils eines Autobusses annahm⁸⁰⁾. Im Vertrag stand, daß der Beklagte (Inhaber einer Autobuszulassung) sich verpflichtet, einen ideellen Anteil (1/2) der Zulassung und des Eigentums an einem anzuschaffenden neuen Bus an den Kläger zu übertragen. Der Kläger mußte den vollen Preis für den neuen Bus bezahlen. Ferner wurde bestimmt, daß die "Geschäftsführung" während der ersten sechs Monate nur der Beklagte, später aber beide Parteien zusammen haben sollen. Der Areopag meinte, diese Bestimmung sei keine Bestellung eines Geschäftsführers im Sinne des Gesellschaftsrechts, sondern regele die Verwaltung des gemeinschaftlichen "Gegenstandes" (vgl. Art. 785, 786, 788 grZGB). Die Parteien

77) Zuweilen auch mit einem "Unterbevollmächtigten".

78) Der Areopag (435/1958 NoB 6, S.1132) hatte über ein Rechtsgeschäft zu entscheiden, in welchem jemand eine (unwiderrufliche) Vollmacht zur uneingeschränkten Verfügung über einen Autobus erteilt hatte. Der Bevollmächtigte "bestellte" "durch VV"(?) einen Unterbevollmächtigten, der durch Insichgeschäft den Autobus "kaufte". Hier wurde offensichtlich mit "VV" und "Unterbevollmächtigung" dasselbe Geschäft gemeint. Zur Debatte stand, ob der erste Bevollmächtigte einen Unterbevollmächtigten bestellen konnte. Der Areopag hat diese Frage mit Berufung auf Art. 715 grZGB (vgl. § 664 BGB) bejaht.

79) 574/1967 NoB 16 (1968), S. 171 ff.

80) In Griechenland gehören die Autobusse, die dem öffentlichen Verkehr dienen, zum großen Teil Privatpersonen. Von besonderem Wert - wegen des grundsätzlich geltenden numerus clausus - sind die Autobuszulassungen, die unter gewisse Voraussetzung in Anteilen oder im Ganzen (zusammen mit dem entsprechenden Eigentumsanteil) übertragen werden können.

hätten nicht eine stille Gesellschaft begründet, sondern einen VV zu einem Kauf abgeschlossen. Dieser VV sei aber formnichtig, weil der erstrebte HV der notariellen Form bedürfe⁸¹⁾.

f) VV und Widerkaufsabrede

Bis zum Areopag⁸²⁾ gelangte folgender Rechtsstreit: Die Parteien hatten in einer notariellen Mitgiftbestellung unter anderem vereinbart, daß der klagende Besteller der Mitgift ein bestimmtes Mitgiftsgrundstück innerhalb einer festgelegten Zeitspanne vom Erwerber der Mitgift "kaufen" könne. Der Preis sollte durch Sachverständige bestimmt werden. Nach der Festlegung des Preises forderte der Kläger den Beklagten zum Abschluß des vorgesehenen Kaufs auf. Der Beklagte kam dem aber nicht nach. Mit seiner Klage verlangte der Besteller der Mitgift den Abschluß des Kaufvertrags. Der Beklagte behauptete, die Aufforderung des Klägers sei als Ausübung eines Wiederkaufsrechts formbedürftig⁸³⁾. Das Berufungsgericht verneinte die Formbedürftigkeit mit der Begründung, daß die strittige Abrede keine Wiederkaufsabrede sei, weil sie nicht in einem Kaufvertrag stand. Der Areopag hat die Frage, ob eine Wiederkaufsabrede oder ein VV vorliege, als Tatfrage bezeichnet und die Aufforderung zum Abschluß des HV für formlos gültig erklärt, weil die gesetzliche Form durch den (notariellen) Abschluß des HV erfüllt werde.

g) VV, Normenvertrag, Allgemeine Geschäftsbedingungen

Schließlich ist der VV vom Normenvertrag zu unterscheiden. Im Gegensatz zur Abschlußpflicht bei den VV enthält weder der Normenvertrag noch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Verpflichtung zum Abschluß des Einzelvertrags; sie legen nur den Inhalt der Einzelverträge fest⁸⁴⁾.

81) Art. 166 grZGB i.V.m. Art. 1 Gesetz 1725/1951. Dagegen wäre die Vereinbarung als Gesellschaftsvertrag gültig.

82) 425/1950 Themis 61, 777.

83) Art. 369 i.V.m. Art. 567 § 2 grZGB; Art. 567 § 2 bestimmt das Gegenteil wie § 497 Abs. I Satz 2 BGB.

84) RAMMOS in ERMAK Art. 166 Rdnr. 14; DELOUKAS, genikoi oroi tôn synallagôn (AGB), S. 10 f.

2. Stellung des VV im griechischen Recht

A. Eine sehr viel größere Rolle als im deutschen Recht spielen die VV im allgemeinen Rechtsverkehr Griechenlands. Das gilt vor allem für den Grundstückkauf, der öfter durch einen VV eingeleitet wird. Ferner werden VV zu Kaufverträgen über Kraftfahrzeuge und sonstige bewegliche Sachen abgeschlossen. Seltener ist der VV zu Mietverträgen, während VV zu einer Mitgiftbestellung oder Veräußerung von Dotalgrundstücken ziemlich häufig vorkommen⁸⁵⁾.

Diese besondere Stellung des VV im griechischen Rechtsleben ist das Ergebnis einer Entwicklung, die ein interessantes Beispiel für die Einwirkung verschiedener Rechtssysteme auf die Gestaltung des heutigen griechischen Rechts bildet.

B. Die erste griechische Abhandlung über den VV wurde im Jahre 1887 von K. D. RAKTIVAN⁸⁶⁾ geschrieben und steht unter dem starken Einfluß der deutschen Pandektenwissenschaft. RAKTIVAN gibt die gemeinrechtlichen "pacta de contrahendo" mit der Umschreibung "präparatorische Verträge"⁸⁷⁾ wieder. Unter einem präparatorischen Vertrag versteht er den "perfekten" Vertrag, der den künftigen Abschluß eines anderen Vertrages zum Inhalt hat⁸⁸⁾. Dieser Vertrag wird von den Vorverhandlungen, der Puktation und dem bedingten HV unterschieden⁸⁹⁾. In seinen Ausführungen folgt RAKTIVAN grundsätzlich der Lehre DEGENGOLBS⁹⁰⁾ ohne nennenswerte Abweichungen. Die Frage nach der Form eines präparatorischen Vertrages, der auf Abschluß eines formbedürftigen Vertrages gerichtet ist, beantwortet RAKTIVAN in Anlehnung an DEGENGOLB mit der Differenzierung zwischen

85) Weitere VV unten III.

86) Konstantin RAKTIVAN (1865-1935) war der erste Präsident des obersten Verwaltungsgerichts Griechenlands. Die Arbeit über den VV ist auch in der Sammlung von KOUNTOURIOTIS "Neoi Pandektes" Bd. X (1907), S. 79-146 zu finden.

87) "Prokatartikai symbaseis".

88) RAKTIVAN, S. 80.

89) aaO., S. 81 f.

90) Berücksichtigt wurde sowohl die ursprüngliche Schrift DEGENGOLBS als auch die erweiterte Arbeit in AcP 71 (1887), 1 ff. Ferner werden GÖPPERT, KritVJSchr. 14 (1872), 400 ff. und REGELSBERGER, Zivilrechtliche Erörterungen, Heft 1 (1868), zitiert.

Beweis- und konstitutiver Form. Hat die Form des abzuschließenden Vertrages eine konstitutive Bedeutung, so gilt sie auch für den präparatorischen Vertrag⁹¹⁾. Dagegen ist der präparatorische Vertrag formfrei, wenn die Form nur Beweis Zwecken dient. Um die Jahrhundertwende trat auch für die Rechtsprechung die Formfrage in den Vordergrund; in mehreren Entscheidungen wurde der Satz ausgesprochen, die präparatorischen Verträge bedürften nicht der Form des erzielten Vertrages⁹²⁾.

Zur gleichen Zeit erscheint die Bezeichnung "VV" (Prosynphonon), die mittlerweile den Terminus präparatorischer Vertrag ersetzt hat⁹³⁾. Eine wichtige Änderung der Rechtslage brachte eine Novelle aus dem Jahre 1910, welche Art. 882 grZPO von 1834⁹⁴⁾ eine neue Fassung gab. Die Bestimmung (Art. 882 Abs. II Satz 2) lautete: "Wird jemand zur Abtretung einer Forderung oder zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts verurteilt, so gilt die Abtretung oder das Rechtsgeschäft mit der Rechtskraft des Urteils ipso jure als vorgenommen." Aufgrund dieser Vorschrift konnte der Berechtigte aus dem VV auf Abschluß des HV klagen; das Urteil ersetzte nach der Rechtsprechung nicht nur die geschuldete Willenserklärung, sondern den ganzen Vertrag⁹⁵⁾. Die neue Regelung führte zu einer Überprüfung der Auffassung, daß die VV immer formfrei seien. Das Berufungsgericht Patras⁹⁶⁾ meinte, ein formloser VV zu einem formbedürftigen HV stelle eine Gesetzesumgehung dar, zumal man gemäß Art. 882 Abs. II Satz 2 grZPO die Erfüllung dieses VV erzwingen

91) aaO., S. 120 ff.

92) Areopag 68/1895, Themis 6, 225; 119/1895, Themis 6, 274, 1/1909, Themis 20, 370. Für die Formbedürftigkeit dagegen die Professoren PAPARRIGOPOULOS und EUKLEIDIS in einem Gutachten, abgedruckt in Themis 2 (1891) S. 350.

93) Der Areopag spricht zum ersten Mal im Urteil 158/1902 Themis 13, 645 von dem VV.

94) Dieses Gesetz wurde ursprünglich auf Deutsch von Georg Ludwig von MAURER abgefaßt und galt mit zahlreichen Änderungen bis zum 16.9.1968. Der ursprüngliche Text steht bei MAURER, Das griechische Volk, Heidelberg 1835, Neudruck Osnabrück 1968; zur Gesetzgebung MAURERs vgl. PLAGIANAKOS, S. 22 ff.

95) Anderer Meinung BALIS, Themis 22 (1911), S. 158 ff.

96) 199/1915, Themis 28, 189 und 213/1915, Themis 28, 207.

könnte. Einige Entscheidungen von Berufungsgerichten folgten dieser Lösung⁹⁷⁾. Dagegen hielt der Areopag an seiner früheren Rechtsprechung fest⁹⁸⁾. Mit Hinweis auf die ausländische Lehre hat TRIANTAPHYLLOPOULOS⁹⁹⁾ diese Rechtsprechung scharf kritisiert¹⁰⁰⁾. Nach ihm ist der sog. "gegenseitige VV" kein VV, sondern ein "fertiger und perfekter" HV, der höchstens unter einer gewissen Bedingung steht¹⁰¹⁾. Der Ausdruck "ich verspreche, Dir die Sache für einen bestimmten Preis zu verkaufen" sei identisch mit dem Ausdruck "ich verkaufe Dir die Sache für diesen Preis"; "ich verspreche, eine Mitgift zu bestellen" bedeute das gleiche wie "ich bestelle eine Mitgift". Das Argument der h.M., der VV zu einem Grundstückskauf verpflichte nicht zur Übertragung des Grundstücks sondern zum Abschluß des notariellen Vertrages, weist TRIANTAPHYLLOPOULOS zurück, denn auf diese Weise werde der VV in zwei Stücke zerlegt, nämlich "ich verkaufe dir das Grundstück" und "ich verpflichte mich, den notariellen Vertrag abzuschließen". Letzteres sei aber eine *condicio juris* und als solche ungültig¹⁰²⁾. Art. 46 des Gesetzes Nr. 4755/1930 (Stempelsteuergesetz) hat den Streit beendet, indem er die VV zu den notariell abzuschließenden Verträgen¹⁰³⁾ ausdrücklich für formbedürftig erklärte. Der Areopag betrachtet jedoch diejenigen formlosen VV, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes abgeschlossen wurden, als gültig, weil "weder Art. 46 des Stempelsteuergesetzes noch Art. 166 grZGB rückwirkend gelten"¹⁰⁴⁾.

97) Berufungsgericht Athen 178/1924, Themis 491; 491/1924 Dikaio syne 3, 247; vgl. schon Berufungsgericht Patras 807/1904, Themis 16, 638.

98) 546/1924, Themis 36,221; 83/1925, Themis 36,499 mit Anm.; 137/1928, Themis 39,546. In der Lehre für die Formbedürftigkeit LIVADAS, Dikaio syne 1/1923, S. 40; Dagegen für den formfreien VV KOSTAKIS, Themis 35 (1924), 508 ff.

99) Dikaio syne 8(1930), S. 49 ff.

100) Er bezeichnet sie als "antisozial", aaO., S. 52.

101) aaO., S. 51.

102) aaO., S. 51/52.

103) Das waren zum Beispiel die Grundstücksveräußerungen, die die Schenkung und eine Mitgiftbestellung.

104) Areopag 496/1936, EEN 4,262; Areopag 118/1968 (Plenum) NoB 16(1968), 607.

Das grZGB von 1940 hat die Rechtslage nicht geändert; Art. 166 grZGB hat bloß die Bestimmung Art. 46 des Stempelsteuergesetzes verallgemeinert.

Die h.L. hält heute den VV für einen "selbständigen Vertrag" durch den sich die Parteien verpflichten, künftig einen anderen Vertrag zu schließen¹⁰⁵⁾. Der VV ist gültig, wenn er die Essentialia des weiteren Vertrages enthält¹⁰⁶⁾. Die praktische Bedeutung des VV liegt darin, daß er dort eine vertragliche Bindung begründet, wo der unmittelbare Abschluß des erzielten Vertrages nicht möglich ist¹⁰⁷⁾. Bis zum Inkrafttreten des neuen grZGB von 1967 erblickte die Gerichts- und Transkriptionsbuchpraxis im Urteil nach Art. 883 Abs. II Satz 2 grZPO den endgültigen Vertrag. Dagegen meinte man in der Lehre, daß das Urteil nur die geschuldete Willenserklärung ersetze. Diese Ansicht wurde mit Art. 101 grZGB gesetzlich sanktioniert, so daß der HV heute erst durch "Annahme" des Urteils zustandekommt¹⁰⁸⁾.

C. Nach der oben geschilderten Entwicklung der Lehre und Gesetzgebung auf dem Gebiet der VV ist die Stellung des VV im System des griechischen Rechts darzustellen. Durch die königliche Verordnung vom 23. Februar 1835 wurden "die bürgerlichen Gesetze der byzantinischen Kaiser, welche in der Hexabiblos des Armenopoulos enthalten sind, als vorläufig - bis zur Abfassung eines GB - geltendes Zivilrecht eingeführt¹⁰⁹⁾.

Die Abfassung des angekündigten Zivilgesetzbuches verzögerte sich. Dadurch wurden Lehre und Rechtsprechung zur

105) Präsident des Areopags 40/1959, NoB 8(1960), 937. Anderer Meinung BOSDAS, S.155, der dem "gegenseitigen VV" zum (bedingten oder befristeten) HV erklärt.

106) Präsident des Areopags, ebenda. Zum Beispiel muß der KaufVV Sachen und Preis bestimmen.

107) RAMMOS in ERMAK Art. 166, Randnummer 4. Nicht möglich ist z.B. der Abschluß, wenn die "Eigentumstitel" betreffs eines Grundstücks noch geklärt werden müssen, oder wenn eine gerichtliche Erlaubnis für die Veräußerung bestimmter Gegenstände (vgl. Art. 1417, 1647 grZGB) erforderlich ist.

108) s. u. V.

109) Dazu PLAGIANAKOS, S. 26 ff.

Konkretisierung des eingeführten Rechts gezwungen. Über die Basiliken - deren Kurzfassung die *Exabiblos* von Armenopoulos war - griff man auf die justinianische Kodifikation zurück. Auf diese Weise ist die deutsche Pandektenlehre die Grundlage des griechischen Zivilrechts geworden¹¹⁰⁾. Der VV-Begriff des griechischen Rechts nimmt seinen Ursprung von dem gemeinrechtlichen System¹¹¹⁾, hat aber weitgehend andere Funktionen als dort.

D. Beim VV zu einem Grundstückskauf tritt der Unterschied am deutlichsten zutage. Der VV spielt hier die Rolle des rein schuldrechtlichen Kaufvertrages. Dies ist das Ergebnis einer Entwicklung, deren Anfänge in das byzantinische Recht zurückreichen. Der Kauf des byzantinischen Rechts war kein obligatorischer Vertrag, sondern er übertrug das Eigentum, sobald der Kaufpreis bezahlt war¹¹²⁾. Ferner war die Auffassung, daß der Vertrag nur dann verbindlich ist, wenn er schriftlich fixiert wird, "tief im Bewußtsein des Volkes verwurzelt", obwohl nach mehreren byzantinischen Gesetzessammlungen auch eine mündlich getroffene Vereinbarung rechtswirksam ist¹¹³⁾. Infolgedessen hatte die Schriftform¹¹⁴⁾ für den Grundstückskauf in der nachbyzantinischen Zeit konstitutive Bedeutung¹¹⁵⁾ und übertrug das Eigentum. Nach dem durch Auslegung eingeführten römischen Recht war der Kauf ein obligatorischer Vertrag, der von dem Übereignungsgeschäft zu trennen ist¹¹⁶⁾. Dies konnte aber die Rechtspraxis nicht substantiell ändern. Die Verbindung des obligatorischen mit dem dinglichen Geschäft in einem Vertrag beim Grundstückskauf förderte das Gesetz vom 29.10.1858 "über die Transkription des Eigentums an Immobilien und der anderen (dinglichen) Rechte an ihnen",

110) Vgl. PLAGIANAKOS, S. 27 ff. 36 ff.

111) Vgl. die Schrift von RAKTIVAN, oben unter

112) ZEPOS, é paradosis, S. 208; vgl. auch H. J. WOLFF, SzvignyZ (RomAbt) 74(1957), S. 201.

113) ZEPOS, aaO, S. 206 ff.

114) Sowohl die notarielle Beurkundung als auch die private Urkunde.

115) ZEPOS, aaO, S. 236. Georg Ludwig von MAURER, aaO, Bd. 2, S. 513 schreibt: "Fast alle Contracte pflegten schriftlich abgefaßt zu werden."

116) Trennungs- oder Abstraktionsprinzip.

dessen Transkriptionssystem in seiner grundsätzlichen Form auch nach dem grZGB gilt¹¹⁷⁾. "Eingetragen"¹¹⁸⁾ wird nämlich der vollständige Kaufvertrag selbst, in dem der Verkäufer erklärt, daß er das Grundstück verkauft und überträgt¹¹⁹⁾. Das Fehlen eines Katasters und der Umstand, daß die Transkriptionsbücher und -register nicht den öffentlichen Glauben der deutschen Grundbücher (§ 892 BGB) genießen, führen oft zur Ungewißheit über die Rechtslage betreffs eines Grundstücks. Aus diesen Gründen hat man oft einen präparatorischen Vertrag (VV) des Inhalts abgeschlossen, daß der endgültige Vertrag erst nach Erweis der Korrektheit der Grundstückstitel abgeschlossen werden muß. Dieser VV ist zugleich der obligatorische Kaufvertrag, denn der endgültige Vertrag enthält immer in der Praxis auch die dingliche Einigung. Auch das grZGB, das den Kauf nach dem Vorbild des BGB als rein obligatorischen Vertrag regelt¹²⁰⁾, begünstigt die Verbindung von schuldrechtlichem und dinglichem Vertrag, indem es die Übertragung des Eigentums an Grundstücken von einer justa causa abhängig macht (Art. 1033 grZGB).

Einen anderen Anlaß für die Heranziehung der Rechtsform des VV gab das Stempelsteuergesetz aus dem Jahre 1887. Art. 48 dieses Gesetzes bestimmte, daß Verträge, die dingliche Rechte an Grundstücken übertragen oder begründen, sowie

¹¹⁷⁾ Vgl. PLAGIANAKOS, S. 49. Das Gesetz ist dem französischen "loi sur la transcription en matière hypothécaire" von 1855 nachgebildet.

¹¹⁸⁾ Das Transkriptionsbuch ist nicht wie das Grundbuch nach dem Realfoliensystem eingerichtet, sondern es besteht aus einer Sammlung der einzelnen Erwerbsurkunden (Kauf, Schenkung usw.), die geordnet und gebunden werden. Neben diesem Transkriptionsbuch gibt es das Transkriptionsregister, das nach dem Personalfoliensystem eingerichtet ist. Dort werden die Namen der Vertragschließenden, die Art des Vertrages (oder einseitigen Rechtsgeschäftes) und die Bezeichnung des Grundstücks eingetragen. Zum heutigen Stand des Transkriptionssystems in Griechenland siehe GAZIS, NoB 14(1966) S. 193 ff.

¹¹⁹⁾ Denkbar wäre natürlich der Abschluß zweier gesonderter Verträge. Dafür bestünde aber weder ein rechtlicher noch ein tatsächlicher Grund. Die Funktion des (bedingten) schuldrechtlichen Vertrages hat der VV übernommen.

¹²⁰⁾ Art. 513 grZGB; vgl. § 433 BGB.

Mitgiftbestellungen und Schenkungen der notariellen Form bedürfen, der Mangel der Form machte den Vertrag nichtig. Die üblichen privatschriftlichen Vereinbarungen über einen Grundstückskauf waren hiernach nicht mehr gültig. Zu ihrer Aufrechterhaltung zog man das Rechtsinstitut des VV heran. Die Rechtsprechung stellte den Satz auf, der VV "über einen künftigen Grundstückskauf" sei formfrei¹²¹⁾. Entgegen der verbreiteten Auffassung, daß die Schriftform des Grundstückskaufs von konstitutiver Bedeutung ist^{121a)}, hat das Berufungsgericht Nayplion¹²²⁾ sogar einen mündlichen VV für rechtsverbindlich gehalten.

Besonderen Einfluß auf Wesen und Inhalt des VV hatte der durch eine Novelle von 1910 neu gefaßte Art. 882 II 2 gr ZPO. Nach der Rechtsprechung ersetzte das rechtskräftige Urteil den HV, so daß eine beglaubigte Ausfertigung des Urteils in das Transkriptionsbuch eingetragen werden konnte¹²³⁾. Die Parteien verweisen nunmehr ausdrücklich im VV auf diese Vorschrift. Jeder Vertragspartner erkennt damit an, daß die Wirkung des erzielten HV ohne seine Zustimmung eintreten konnte, sobald die vereinbarten Voraussetzungen für dessen Abschluß vorliegen. Solche Voraussetzungen sind z.B. die schon erwähnte Korrektheit der "Grundstückstitel", die Abzahlung des Kaufpreises, die Erlangung einer gerichtlichen Erlaubnis, die Aufhebung eines gesetzlichen Verbots usw. Das Gericht hat dabei praktisch die Aufgabe, festzustellen, ob diese Voraussetzungen vorliegen¹²⁴⁾. Das neue Stempelsteuergesetz aus dem Jahre 1930 hat den VV zu einem Grundstückskauf sowie weitere Verträge der notariellen Form unterworfen¹²⁵⁾.

121) Areopag 125/1896, Themis 7, 325; 265/1899, Themis 10, 564; 436/1902, Themis 14, 292.

121a) Vgl. Text zu den Anm. 112-115.

122) 45/1901, Themis 13, 351; 161/1925, Themis 36, 618. So auch Berufungsgericht Patras 32/1924, Themis 35, 58.

123) LG Kerkyra 18/1960, EEN 27(1960), 294 ff; vgl. Areopag 282/1955, NoB 3, 741 mit Anm. Lipopats; Areopag 423/1950, Themis 61, 776.

124) Weigert sich der VV-Käufer den HV abzuschließen, weil die "Grundstückstitel" sich nach der vereinbarten Prüfung als nicht in Ordnung erwiesen haben, dann kann das Gericht prüfen, ob diese Weigerung gerechtfertigt ist. Berufungsgericht Athen 859/1922, Themis 34, 199.

125) Der Versuch einen (gültigen) formlosen VV zu einem formbedürftigen VV (sic!) zu konstruieren, ging fehl. Areopag 286/1933, Themis 44, 538.

An dem so gestalteten Rechtszustand hat das grZGB von 1940 grundsätzlich festgehalten. Bedeutsam für die VV war die ausdrückliche Regelung des Insichgeschäfts, dessen Zulässigkeit und Voraussetzungen im Römischen Recht umstritten waren. Das grZGB läßt das Insichgeschäft nur dann zu, wenn der Vertretene dies gestattet hat, oder wenn es zur Erfüllung einer Verbindlichkeit vorgenommen wird (Art. 235 grZGB). Mit Hinweis auf diese Vorschrift enthalten die typisierten VV zu einem Immobilienkauf immer eine Selbstkontrahierensklausel. Die Befugnis des einen Vertragspartners (besonders des Käufers), bei vertragswidriger Weigerung des anderen den HV mit sich selbst abzuschließen, war bis zur Einführung des gr ZGB (1968) in den üblichen VV neben dem "Anspruch" nach Art. 882 II 2 grZPO enthalten. In einigen neuen VV-formulare findet man nur die Selbstkontrahierensklausel¹²⁶⁾.

E. Neben den VV zu einem Grundstückskauf sind die VV zu einer Mitgiftbestellung häufig. Ein derartiger VV hat die Funktion des bedingten obligatorischen Vertrages gegenüber der Mitgiftbestellung, die ein Verfügungsgeschäft darstellt¹²⁷⁾. Der Abschluß des endgültigen Mitgiftvertrages wird in solchen Fällen von der Eheschließung abhängig gemacht¹²⁸⁾.

F. Art. 1417 grZGB bestimmt, daß der Ehemann ein Dotalgrundstück mit Erlaubnis des Gerichts veräußern kann¹²⁹⁾. Diese Vorschrift verbietet nicht nur das Verfügungsgeschäft, sondern auch "das mit ihm verbundene Verpflichtungsgeschäft"¹³⁰⁾. Dagegen ist ein VV zu einem Veräußerungsvertrag rechtswirksam. Wird die Erlaubnis nicht erteilt, dann

¹²⁶⁾ Zur Bedeutung der neuen Regelung in Art. 1011 grZPGB siehe unten V.

¹²⁷⁾ Anscheinend anderer Meinung TRIANDAPHYLLOPOULOS, aaO, S. 51 ff, der das Versprechen und die Bestellung gleichstellt.

¹²⁸⁾ Zum Verhältnis zwischen Verpflichtung aus dem VV und gesetzlicher Verpflichtung zur Bestellung einer Mitgift siehe unten III.

¹²⁹⁾ Die Bestimmung hat ihre Vorgeschichte in der "lex Julia de adulteris" (Augustus, 18 v. Chr.); vgl. MICHAELIDIS-NUAROS, FamR., S. 186 ff.

¹³⁰⁾ So MICHAELIDIS-NUAROS, aaO., S. 187.

haftet der Ehemann auch den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung (Art. 362-365 grZGB)¹³¹⁾.

G. Nach den Bestimmungen der Gesetze über die Landverteilung und die Ansiedlung von besitzlosen Bauern¹³²⁾ ist die Veräußerung der verteilten Grundstücke entweder verboten oder nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig¹³³⁾. Diese grundsätzlichen Beschränkungen können entweder durch besondere Gesetze¹³⁴⁾ oder durch Beschlüsse der Verwaltungsorgane¹³⁵⁾ aufgehoben werden. In der Praxis werden oft VV des Inhalts abgeschlossen, daß der endgültige Veräußerungsvertrag (üblicherweise Kaufvertrag) erst dann geschlossen werden soll, wenn der "Siedler" ("klêrouchos") über das betreffende Grundstück frei verfügen kann. Man spricht hier von einem VV unter der aufschiebenden Bedingung, daß die gesetzlichen Beschränkungen aufgehoben werden¹³⁶⁾. Die Gültigkeit eines derartigen VV ist fraglich, denn die Bedingung (condicio juris) der Rechtsänderung als verbotene Geschäftsgrundlage des VV angesehen werden könnte (vgl. Art. 174, 365 grZGB). Trotzdem hält die h.M. eine solche Bedingung für zulässig¹³⁷⁾. Dagegen ist der VV grundsätzlich ungültig, wenn er die Bedingung der Rechtsänderung nicht enthält¹³⁸⁾. Oft werden aber VV dieser Art durch besondere Gesetze nachträglich für gültig erklärt¹³⁹⁾.

¹³¹⁾ ebenda, S. 188.

¹³²⁾ "Agrotikos Nomos" nach dem römischen "lex agraria". Die gesetzliche Grundlage bildet die königl. Verordnung vom 29.10./6.12.1949 über die Kodifizierung der "Agrargesetze", die vielfach geändert worden ist.

¹³³⁾ Vgl. Art. 208-212 und 216 der königlichen Verordnung.

¹³⁴⁾ Wie etwa Gesetz Nr. 3958/1959 Art. 15 § 5, Ges. Nr. 4452/1965.

¹³⁵⁾ Früher des Landwirtschaftsministers, jetzt (nach dem Gesetz 3200/1955) des Präfekten; vgl. DIAZIDIS, EEN 35, 181.

¹³⁶⁾ DIAZIDIS, ebenda.

¹³⁷⁾ Areopag 74/1958, NoB 6,664; Areopag 488/1965, NoB 14, 415; BALIS, AllgT §§ 102, 103; RAMMOS in ERMAK Einf. vor Art. 201-210 Rdnr. 28; vgl. auch GASIS EEN 21 (1954), 364 ff.

¹³⁸⁾ IG Athen 1826/1957 NoB 6, 52 ff; vgl. GASIS, aaO, S.366.

¹³⁹⁾ S. unten 2 B d.

H. Eine besondere Erscheinungsform des VV war der sogenannte VV zu einem Schiedsvertrag ("Schiedsklausel"). Für einen gültigen Schiedsvertrag verlangte Art. 111 grZPO: a) Schriftform, b) Bestimmung der Rechtsstreitigkeit und c) namentliche Erwähnung der Schiedsrichter. In der Praxis enthalten oft mehrere Verträge, insbesondere Gesellschaftsverträge, die Bestimmung, daß Rechtsstreitigkeiten aus dem durch den Vertrag begründeten Rechtsverhältnis im Wege eines schiedsrechtlichen Verfahrens gelöst werden sollen. Da solche Klauseln die Voraussetzungen des Art. 111 grZPO nicht erfüllten, waren sie als Schiedsverträge nichtig. Die Rechtsprechung hat aber diese Vereinbarungen in VV zum Abschluß eines Schiedsvertrages umgedeutet¹⁴⁰⁾. In der Lehre war diese Umdeutung sehr umstritten¹⁴¹⁾. Nach dem neuen grZPGB von 1967 kann das Problem zumindest nicht in dieser Form auftreten, weil Art. 928 ff grZPGB den Schiedsvertrag über künftige rechtsstreitigkeiten anerkennt und durch dispositive Bestimmungen ergänzt¹⁴²⁾.

3. (Anhang) Drei Beispiele typisierter VV

Die notarielle Praxis hat in Griechenland typisierte VV entwickelt. Im folgenden werden Teile aus typischen VV-Formularen (A. und C.) angeführt, welche die Rechtsnatur und die Funktion des VV am klarsten zeigen. Diesen Formularen wird ein "individueller" VV (B.) gegenübergestellt, in dem die Parteien besondere Vereinbarungen getroffen haben. Die Texte sind weitgehend sinngemäß übersetzt, da eine wörtliche Übersetzung nur mit Kenntnis der griechischen Notarpraxis verständlich wäre.

140) Areopag 451/1959 NoB 8,134; Berufungsgericht Patras 3023/1958 NoB 7,583.

141) Vgl. KARAVAS, Handelsrecht, II, 1, S. 154 ff. PAPPADAKIS, Arch Nomologias 3/1952, S. 217 ff. RAMMOS, Grundzüge, Bd. III (3. Aufl.) 1960, S.144; Bericht des Justizministers zum Entwurf der grZPGB, in Kodix Politikis Dikonomias, Zacharopoulos, 29.

142) Vgl. RAMMOS, Grundriß, II, S. 374 ff.

A. Protokoll Nr. 22222

VORVERTRAG ZUM KAUF EINES GRUNDSTÜCKES IM WERT VON
200.000 DRACHMEN. DRAUFGABE 50.000 DRACHMEN.

Heute, den 5.5.66 sind Herr X und Herr Y vor mir, dem unterzeichnenden Notar erschienen und erklärten folgendes: Herr X ist Eigentümer eines Grundstückes ... (das Grundstück wird beschrieben). Herr X verpflichtet sich hiermit das oben beschriebene Grundstück unter den nachstehenden Bedingungen zu verkaufen, zu übergeben und zu übertragen:

1. Als Draufgabe bezahlt der Käufer an den Verkäufer (heute und vor mir) 50.000 Drachmen.
2. Als Kaufpreis wird der Betrag von 200.000 Drachmen vereinbart. Die Draufgabe wird auf den Preis angerechnet; der Rest (150.000 Drachmen) wird in monatlichen Raten zu 10.000 Drachmen getilgt. Der Käufer wird innerhalb von fünf Tagen Wechsel annehmen, die den Raten nach Fälligkeitszeit und Betrag entsprechen.
3. ...
4. Das zu verkaufende Grundstück wird ohne jegliche (wird angeführt) Rechtsmängel übertragen.
5. ...
6. Auf Aufforderung des Käufers ist der Verkäufer verpflichtet, ihm bis zum Abschluß des endgültigen Kaufvertrages den Gebrauch des Grundstückes zu gestatten. Der Käufer ist berechtigt, auf dem Grundstück zu bauen usw. Dieser (mittelbare) Besitz wird im Namen des Verkäufers geübt.
7. (Bestimmung über die Folgen des Verzugs des Käufers. Schuldet der Käufer mindestens zwei Raten, so kann der Verkäufer vom VV zurücktreten und die bezahlten Beträge als Vertragsstrafe und Schadensersatz behalten)¹⁴³).
8. Diese Vorvereinbarung gilt unter der aufschiebenden Bedingung der fristgemäßen und vollständigen Bezahlung des Kaufpreises sowie unter der Bedingung der Erfüllung jeglicher Bestimmung dieses Vertrages.
9. Jede Bestimmung dieses Vertrages ist wesentlich.
10. ...
11. ...
12. (Clausula rebus sic stantibus: wird die Geldwährung ab bzw. aufgewertet, dann wird der noch geschuldete Kaufpreis entsprechend angepaßt).
13. ...
14. Hat der Käufer alle seine Verpflichtungen erfüllt und weigert sich der Verkäufer dennoch, den endgültigen Vertrag abzuschließen, so kann der Verkäufer diesen durch Insihgeschäft nach Art. 235 grZGB zustandebringen. Dazu wird er vom Verkäufer jetzt unwiderruflich ermächtigt. Die Ermächtigung gilt auch nach dem Tode des Verkäufers.

143) In Griechenland gibt es kein Abzahlungsgesetz; in solchen Fällen hilft man mit Art. 409 grZGB (vgl. § 343 BGB), der die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe durch den Richter anordnet.

B.

Protokoll 44444

VORVERTRAG ZUM KAUF EINES GRUNDSTÜCKES IM WERT VON
1,5 Mio DRACHMEN. DRAUFGABE 500.000 DRACHMEN

Heute, den 5.5.66 sind Herr X und Herr Y vor mir, dem unterzeichnenden Notar erschienen und erklärten folgendes: Herr X ist Eigentümer des Grundstückes (das Grundstück wird beschrieben). Herr X verpflichtet sich hiermit, das oben beschriebene Grundstück unter den nachstehenden Bedingungen zu verkaufen, zu übergeben und zu übertragen:

1. Als Draufgabe bezahlt der Käufer (heute und vor mir) 500.000 Drachmen an den Verkäufer, welche auf den Kaufpreis angerechnet werden.
2. Als Kaufpreis wird der Betrag von 1,5 Mio Drachmen vereinbart. Der Rest wird in monatlichen Raten zu 50.000 Drachmen getilgt.
3. ...
4. ...
5. Hat der Käufer seine Verpflichtungen erfüllt, so wird der endgültige Vertrag nach außergerichtlicher Zustellung einer Aufforderung des Käufers abgeschlossen. Die Zustellung soll 15 Tage vor der Unterzeichnung erfolgen.
6. Kommt der Verkäufer dieser Aufforderung an dem festgelegten Tag nicht nach, so stehen dem Käufer folgende Rechte zu: a) er kann durch Insihgeschäft nach Art. 235 ZGB und aufgrund einer hiermit erteilten Vollmacht den endgültigen Vertrag abschließen. Die Vollmacht ist unwiderruflich und gilt auch nach dem Tode des Verkäufers; b) er kann die "Vollziehung" des endgültigen Vertrages gemäß Art. 882 grZPO verfolgen¹⁴⁴).
7. Zur Sicherung der gezahlten Draufgabe bestellt der Verkäufer zugunsten des Käufers eine erste Hypothek an den erwähnten Grundstück in Höhe von 500.000 Drachmen.
8. Der Verkäufer verpflichtet sich, alles zu unterlassen, was zur Vereitelung des Abschlusses des endgültigen Vertrages führen könnte. Handelt er dieser Verpflichtung zuwider, so hat er jeglichen Schaden des Verkäufers zu ersetzen, und die heute erhaltene Draufgabe in Höhe von 50.000 Drachmen doppelt zurückzuzahlen.
9. Ab heute wird dem Käufer der Besitz des erwähnten Grundstückes übergeben. Er ist berechtigt, auf eigene Kosten alles vorzunehmen, was die Verwertung des Grundstückes fördert.
10. ...
11. Der Verkäufer gewährleistet schon jetzt und wird auch beim Abschluß des endgültigen Vertrages gewährleisten, daß er das ausschließliche Eigentum an dem erwähnten Grundstück hat und daß das Grundstück von jedem Rechtsmangel (angeführt!) frei ist.

144) Nach dem neuen grZPGB ist der Verweis entsprechend auf Art. 1011 grZPGB zu verstehen.

C. Protokoll 33333

VORVERTRAG ZUM KAUF EINES KRAFTFAHRZEUGES UND VORAUS-
ZAHLUNG EINER DRAUFGABE IN HÖHE VON 100.000 DRACHMEN

Heute, den 5.5.66 sind Herr X und Herr Y vor mir, dem unterzeichnenden Notar erschienen und erklärten folgendes: Herr X ist Eigentümer eines Kraftfahrzeuges (Lastwagen) mit einer "Zulassung für den öffentlichen Gebrauch"¹⁴⁵⁾ (Motor und Zulassungsnummer werden angegeben). Er verpflichtet sich, dieses Kraftfahrzeug, samt Zulassung, durch diesen VV an Herrn Y unter den nachstehenden Bedingungen zu verkaufen und zu übertragen:

1. (Bestimmung des Kaufpreises und der Draufgabe).
2. Der endgültige Vertrag wird am 5.8.66 um 12 Uhr oder früher vor mir unterschrieben.
3. Der Verkäufer hat heute das erwähnte Kraftfahrzeug dem Käufer übergeben. Letzterer haftet gegenüber dem Verkäufer für jeden Schaden und ist verpflichtet, das Fahrzeug zu versichern.
4. Jegliche Steuer und Gebühr trägt ab heute der Käufer.
5. Der Verkäufer gewährleistet schon jetzt und wird beim Abschluß des endgültigen Vertrages gewährleisten, daß das Fahrzeug von jeglicher Belastung frei ist (Rechtsmängelgewährleistung).
6. ...
7. Wird der Abschluß des endgültigen Vertrages vereitelt, so gilt folgendes:
 - a) Ist der Verkäufer schuldig, so ist er verpflichtet, die heute bezahlte Draufgabe sowie jede sonstige Zahlung doppelt zurückzuzahlen. Der Käufer ist jedoch weiterhin berechtigt, die Erfüllung des Vertrages und die Übertragung des Eigentums entweder nach Art. 882 grZPO¹⁴⁶⁾ oder durch Insihgeschäft nach Art. 235 grZGB zu erreichen.
 - b) Ist der Käufer schuldig, so verfallen sowohl die Draufgabe als auch die gezahlten Raten zugunsten des Verkäufers.

Bemerkung: Der endgültige Vertrag, der diesem VV folgte, erwähnt ausdrücklich, daß "Herr X das Kraftfahrzeug in Erfüllung des VV unter Protokoll Nr. 33333 an Herrn Y verkauft und überträgt".

II. Besondere Vorschriften über die VV1. Die Form des VV (Art. 166 grZGB)A. Ratio legis. Zeitlicher und räumlicher Geltungsbereich

Artikel 166 grZGB bestimmt, wie schon erwähnt, daß die VV

¹⁴⁵⁾ Dazu siehe oben Anm. 80.

¹⁴⁶⁾ Jetzt entsprechend Art. 1011 grZPGB.

VV zu formbedürftigen Verträgen der Form des abzuschließenden Vertrages bedürfen. Mit diesem Artikel will der Gesetzgeber die Umgehung der Formvorschriften ausschließen¹⁴⁷⁾, denn ohne diese Bestimmung könnte man den formbedürftigen HV aus einem formlosen VV erreichen, indem der Vertragspartner zur Abgabe seiner geschuldeten Willenserklärung verurteilt wird (Art. 1011 grZPGB). Die Bestimmung gilt nur für VV, welche nach der Einführung des grZGB abgeschlossen worden sind. Formbedürftig sind auch die VV zu den (meisten) notariellen Verträgen, die nach der Einführung des Stempelsteuergesetzes aus dem Jahre 1930 abgeschlossen worden sind¹⁴⁸⁾. Dagegen sind sämtliche VV formfrei, welche vor dem Jahre 1930 zustandegekommen sind¹⁴⁹⁾.

Nach Art. 11 grZGB ist ein Rechtsgeschäft formgültig, wenn seine Form einem der drei folgenden Rechte entspricht: dem Recht, das für seinen Inhalt maßgebend ist; dem Recht am Orte seiner Vornahme oder dem Heimatrecht aller Beteiligten. Daher ist ein VV, der "Auslandsberührung" hat, immer formlos gültig, wenn er nach einem von diesen drei Rechten formfrei ist ("Favor validitatis").

B. Die Auslegung von Art. 166 grZGB

Die Anwendung von Art. 166 grZGB wirft folgende Probleme auf:

a) Form: Umstritten ist in der Lehre, was unter "Form" im Sinne von Art. 166 zu verstehen ist. Nach der h. M. betrifft die Vorschrift nur die Schriftform und die notarielle Beurkundung¹⁵⁰⁾. Dagegen meint RAMMOS, Art. 166 gelte für alle Formtypen¹⁵¹⁾, es sei denn, der

147) RAMMOS, in ERMAK Art. 166, Rdnr. 2.

148) Art. 45 Stempelsteuergesetz aufgehoben durch Art. 31 EinfG grZGB.

149) So Areopag 118/1968 (Plenum) NoB 16, 607.

150) BALIS, AllgT § 58; GIANNOPOULOS Art. 166 Nr.2; TOUSIS, AllgT, S. 481, Anm. 1.

151) z.B. Erklärung vor dem Sekretär des Erbschaftsgerichtes nach Art. 1848 grZGB, so RAMMOS, in ERMAK, Rdnr. 15.

konkrete Formtyp sei "wegen seiner Art und der übrigen Umstände" nicht auf den VV anwendbar. Formlos gültig ist jedenfalls der VV auf Eingehung einer Wechselverbindlichkeit (Pactum de cambiando)¹⁵²⁾.

b) Vertrag: Obwohl der Wortlaut von Art. 166 vom VV zum Abschluß eines Vertrages spricht, wird die Auffassung vertreten¹⁵³⁾, daß diese Bestimmung auch für VV auf Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts gilt¹⁵⁴⁾.

c) Option: Ferner stellt sich die Frage, ob diese Bestimmung auch auf den Optionsvertrag anzuwenden ist. Die h.M. bejaht diese Frage¹⁵⁵⁾. Dagegen meint GEORGIADIS¹⁵⁶⁾, man brauche Art. 166 nicht herauszuziehen; der Optionsvertrag, der zu einem formbedürftigen HV führt, sei nach direkter Anwendung der betreffenden Formvorschrift ebenfalls formbedürftig. Der Streit ist theoretischer Natur, da beide Meinungen zum gleichen Ergebnis kommen. Im Zusammenhang mit dem Optionsvertrag ist auch die Anwendbarkeit von Art. 166 auf die Optionserklärung zu prüfen. Die h.M. wendet die Bestimmung analog an¹⁵⁷⁾. Geht man davon aus, daß die Wiederkaufsabrede eine besondere Art des Optionsvertrages ist¹⁵⁸⁾, so ist vielmehr Art. 567 Satz 2 grZGB auf alle Optionserklärungen analog anzuwenden¹⁵⁹⁾.

152) RAMMOS, ebenda; BALIS, ebenda; TOUSIS, S. 483.

153) RAMMOS, aaO, Rdnr. 15; TOUSIS, aaO, S. 481; anderer Meinung GIANNOPOULOS, Art. 166 Nr. 2.

154) z.B. der VV, durch den man sich verpflichtet, Anweisungen anzunehmen, RAMMOS, ebenda.

155) RAMMOS, aaO, Rdnr. 12; BALIS, aaO, § 58; SOURLAS, in ERMAK, Art. 369, Rdnr. 12.

156) Symphonon, S. 142 ff.

157) RAMMOS, aaO, Rdnr. 13; BALIS, aaO, § 58. GEORGIADIS, aaO, S. 217 ff, ist anscheinend auch hier für die direkte Anwendung der betreffenden Formvorschrift.

158) So GEORGIADIS, aaO, S. 82 ff; anders die h.L., welche in der Wiederkaufsvereinbarung einen potestativ bedingten Vertrag sieht, vgl. GAZIS, in ERMAK, Art. 565 Satz 2, Rdnr. 10 ff.; ZEPOS, SchR II, S. 126 ff.

159) Art. 567 grZGB: "Die für den Kaufvertrag durch Gesetz bestimmte Form ist auch für die Wiederkaufserklärung erforderlich". Das Gegenteil bestimmt § 497 BGB.

d) VV zugunsten Dritter: Nach einhelliger Meinung bedarf der VV, durch den sich jemand verpflichtet, mit einem Dritten einen Vertrag abzuschließen, der gleichen Form wie der erzielte HV¹⁶⁰⁾.

C. Form der Änderung und der Aufhebung eines formellen VV

a) Art. 164 grZGB bestimmt: "Die durch Gesetz für ein Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form ist auch für dessen Änderungen erforderlich." Diese Vorschrift gilt auch für die Änderungen eines formbedürftigen VV¹⁶¹⁾. Die Gerichte hat oft die Frage beschäftigt, ob die vereinbarte Verlängerung der Frist für den Abschluß des HV formbedürftig ist. Ein Teil der Rechtsprechung verlangt auf jeden Fall die formelle Änderung des VV¹⁶²⁾. Der Areopag unterscheidet zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Vertragspunkten und hält nur die Änderung der wesentlichen Punkte für formbedürftig. Ob die Zeitbestimmung für den Abschluß des HV einen wesentlichen Punkt des VV darstellt, ist eine Tatfrage; die Entscheidung des Tatrichters darüber bindet den Areopag¹⁶³⁾. Das vorliegende Problem gehört zu der allgemeinen Frage nach den Folgen der Nichtbeachtung eines Termins beim VV¹⁶⁴⁾.

b) Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit können die Parteien den VV durch einen neuen Vertrag aufheben. Es fragt sich dann, ob dieser Aufhebungsvertrag der gleichen Form bedarf wie der VV. In der Lehre¹⁶⁵⁾ und der Rechtsprechung¹⁶⁶⁾ herrscht die Meinung, daß ein derartiger Vertrag formlos gültig ist.

160) RAMMOS, aaO, Rdnr. 7; BALIS, aaO, § 58; GIANNOPOULOS, aaO, Art. 166, Nr.4. BALIS beruft sich auf den Wortlaut von Art. 166 grZGB; wollte der Gesetzgeber den VV zugunsten Dritter ausschließen, dann hätte er "...einen Vorvertrag miteinander abzuschließen..." geschrieben.

161) RAMMOS, aaO, Rdnr. 19; ERMAK Art. 164 Rdnr. 2; Areopag 370/1964 NoB 13, 166.

162) LG Athen 949/1958 EEN 25,966 ff; LG Katerini 248/1967 Arch Nomologias 19,497.

163) Areopag 370/1964 NoB 13,166.

164) Siehe unten IV.

165) BALIS, AllgT § 57; RAMMOS in ERMAK Art. 166 Rdnr.19; Art. 164 Rdnr.4-6; TOUSIS, AllgT, S. 481 Anm. 2.

166) Berufungsgericht Thessaloniki 563/1959 Armen. 14; 276. Der Areopag (200/1957 NoB 5, 771 ff) spricht von einem

c) Vereinbarungen, die in Erfüllung des VV erfolgen, wie etwa die Bestellung der Sachverständigen für die Festlegung des Kaufpreises, bedürfen nicht der Form des HV¹⁶⁷⁾.

D. Wirkungen des Formmangels bei formbedürftigen VV

Für die VV gilt die allgemeine Bestimmung von Art. 159 grZGB: "Ein Rechtsgeschäft, bei dessen Vornahme die durch Gesetz vorgeschriebenen Form nicht beachtet wurde, ist nichtig, es sei denn, daß das Gegenteil bestimmt wird". Formmangel und Nichtigkeit sind von Amts wegen zu berücksichtigen¹⁶⁸⁾. Aus einem formnichtigen VV entsteht kein Anspruch auf Abschluß des HV¹⁶⁹⁾. Wird der HV formgerecht abgeschlossen, so ist der Formmangel des VV ohne Belang¹⁷⁰⁾. Der formnichtige VV kann grundsätzlich nicht rechtswirksam werden. Die Umdeutung eines schriftlichen VV in einen VV zum Abschluß eines notariellen VV wurde mit Recht nicht anerkannt¹⁷¹⁾. Keine Heilung liegt vor, wenn der formgerecht abgeschlossene HV trotz der Nichtigkeit des VV als rechtswirksam betrachtet wird, weil der VV in der Regel nicht als causa des HV gilt¹⁷²⁾. Problematisch ist diese Frage, wenn die Parteien beim Abschluß des HV den VV ausdrücklich erwähnen¹⁷³⁾. Dann sind beide Verträge kausal verknüpft und der Tatbestand von Art. 904 grZGB (ungerechtfertigte Bereicherung) wäre erfüllt, wenn die Parteien ohne Kenntnis der Nichtigkeit den HV abgeschlossen haben¹⁷⁴⁾.

vertraglichen Verzicht auf den Anspruch auf Abschluß des HV.

167) Areopag 425/1950 Themis 61, 777.

168) RAMMOS, aaO, Art. 159 Rdnr. 7.

169) RAMMOS, aaO, Art. 166 Rdnr. 20.

170) RAMMOS, ebenda; GIANOPOULOS Art. 166 Nr. 2 b; TOUSIS, S. 483; IG Thessaloniki 3081/1957 Armen. 14, 621.

171) Areopag 286/1933, Themis 44, 538.

172) Lehre und Rechtsprechung betonen immer die "Selbständigkeit" des VV.

173) S. Bemerkung zu dem dritten typischen VV oben I 2.

174) RAMMOS, aaO, Art. 166 Rdnr. 20 meint, der Irrtum über die Verpflichtung aus einem formnichtigen VV zum Abschluß des HV sei nach den Regeln über den Motivirrtum zu entscheiden.

Die Berufung auf die Formnichtigkeit des VV stellt nach allgemeiner Meinung keinen Rechtsmißbrauch im Sinne von Art. 281 grZGB dar¹⁷⁵⁾. Die Rechtsprechung hält eine Auflockerung von Art. 159 grZGB durch Art. 281 grZGB für nicht akzeptabel, weil die Formvorschriften "Normen von öffentlicher Ordnung" (Art. 3 grZGB) sind¹⁷⁶⁾. In der modernen Lehre befürwortet man die Anerkennung in solchen Fällen der Arglisteinrede nach dem Vorbild der deutschen Rechtsprechung¹⁷⁷⁾; die gesetzliche Grundlage dafür bilden Art. 281, 288 grZGB. Nicht ausgeschlossen ist schließlich die Haftung eines Vertragspartners wegen culpa in contrahendo (Art. 198 grZGB) oder wegen sittenwidriger Handlung nach Art. 919 grZGB (vgl. § 826 BGB).

2. Weitere Bestimmungen über die VV

Die Verbreitung des VV im griechischen Rechtsverkehr führt zu besonderen Regelungen einzelner Fragen der VV. Zu unterscheiden ist hier zwischen den Bestimmungen die zur Materie des Zivilgesetzbuches gehören und den sonstigen Vorschriften.

A. VV und grZGB

a) Die Bestimmtheitsfrage

Nach Art. 166 grZGB muß der abzuschließende HV im VV "bestimmt" sein. Der Vertragstypus des künftigen Vertrages und seine wesentlichen Punkte müssen feststehen¹⁷⁸⁾. Im Kauf-VV müssen Sache und Preis bestimmt worden sein¹⁷⁹⁾. Es reicht allerdings, wenn die Bestimmung der Leistung einer Partei oder einem Dritten überlassen worden ist¹⁸⁰⁾.

175) RAMMOS, aaO, Art. 159 Rdnr. 12; BALIS, AllgT § 53; FRAGISTAS, in Festschrift für M. Wolff (1952), 62; MARKIANOS, RabelZ 26(1961), 241 (Nr. 128).

176) Berufungsgericht Athen 1118/1961 Elliniki Dikaiosisyni 2, 1076; Areopag 150/1951 Themis 62, 372; Areopag 678/1954 NoB 3, 987.

177) So MICHAILIDIS-NOUARIOS, Festschrift, S. 365 ff.

178) Areopag 117/1954 NoB 2, 558; Präsident des Areopag 40/1959 NoB 8, 937.

179) S. folgende Anmerkung.

180) Vgl. Art. 371 grZGB; §§ 315 ff BGB; Areopag 425/1950 Themis 61, 777.

Nach der Rechtsprechung ist ein VV zu einem Mietvertrag genügend bestimmt, wenn die Parteien sich über die zu vermietende Sache einig sind und für die spätere Bestimmung des Mietzinses die Mieten vergleichbarer Räume zugrundegelegt haben¹⁸¹⁾.

Die Bestimmtheitsfrage bei den VV ist im gr Recht kaum so akut wie im deutschen, weil der Inhalt des abzuschließenden HV in den üblichen VV vollständig festgelegt wird¹⁸²⁾.

b) VV und Maklerlohn

Das Schuldverhältnis aus dem Maklervertrag wird in Art. 703-708 grZGB geregelt. Art. 703 § 1 Satz 2 bestimmt: "Wurde ein VV abgeschlossen, der endgültige Vertrag aber vereitelt, so ist nur die Hälfte des Maklerlohnes zu entrichten." Der Anspruch auf die Hälfte des Lohnes ist unabhängig von dem Grund der zur Vereitelung des HV geführt hat¹⁸³⁾. Erforderlich ist nur, daß der VV infolge des Nachweises oder der Vermittlung des Maklers zustande gekommen ist.

B. Sonstige Vorschriften über den VV

Eine Fülle von besonderen Gesetzen enthalten mehrere Bestimmungen über die VV. Dabei geht es überwiegend um VV zu Verträgen über Grundstücke oder Kraftfahrzeuge.

a) Stempelsteuer und sonstige Kosten

Nach Art. 13 § 1 Ziffer 7 des Stempelsteuergesetzes¹⁸⁴⁾ sind die notariellen VV grundsätzlich einer festen Gebühr unterworfen. Das gilt nur für VV, durch die sich die Parteien bloß verpflichten, einen anderen Vertrag abzuschließen. Dagegen ist eine verhältnismäßige Gebühr zu entrichten, wenn beim Abschluß des VV irgendeine Zuwendung¹⁸⁵⁾ erfolgt. Bei der Berechnung der Stempelsteuer

¹⁸¹⁾ Berufungsgericht Athen 527/1967 Arch. Nomologias 18, 589.

¹⁸²⁾ Vgl. die typischen VV oben I 3.

¹⁸³⁾ ZEPOS, SchR II, 405 Anm. 1.

¹⁸⁴⁾ In der Fassung vom 28.7.1951, Präsidialverordnung.

¹⁸⁵⁾ In Form einer Anzahlung, Draufgabe usw.

für den HV werden die schon gezahlten Gebühren abgezogen¹⁸⁶⁾. Dasselbe gilt für sonstige Gebühren und Kosten¹⁸⁷⁾.

b) Interessant ist die Bestimmung des Art. 2 Satz 2 des Gesetzes Nr. 1587/1950 (Umsatzsteuergesetz für Immobilien-übereignungen): "Schließt jemand, der im VV nicht benannt wurde, als Käufer den endgültigen VV, so gilt für die Anwendung dieses Gesetzes, daß zwei Übereignungen stattfinden." Der Sinn dieser Vorschrift ist: beim VV zugunsten unbenannter Dritter oder wenn der ursprüngliche VVberechtigte seinen Anspruch abgetreten hat, wird das Grundstück praktisch zweimal verkauft, einmal an den Berechtigten aus dem VV, und ein zweites Mal an den endgültigen Käufer. Daher muß zweimal Umsatzsteuer bezahlt werden.

c) Die Ereignisse des zweiten Weltkrieges hatten für Griechenland u.a. die Geldvernichtung zur Folge. Durch die Gesetze Nr. 14/1944 und 1073/1946 wurden die in Drachmen vor dem 11.11.1944 begründenden Schulden vom Gesetz für erloschen erklärt¹⁸⁸⁾. Betroffen wurden auch Ansprüche aus VV, die im Ganzen oder zum Teil erfüllt waren¹⁸⁹⁾. Die Rechtsprechung hat anfänglich mit einer Bestimmung aus den Digesten geholfen¹⁹⁰⁾. Später bestimmte Gesetz Nr. 1323/1949 Art. 19, daß die während der Besatzungszeit abgeschlossenen VV zu Grundstückskäufen nichtig sind, wenn sie nicht völlig erfüllt wurden¹⁹¹⁾. Heute sind diese Vorschriften nicht mehr aktuell und ungeklärt gebliebene Ansprüche dürften verjährt sein.

186) Vgl. Gutachten des stv Staatsanwaltes beim Areopag THERAPOS in NoB 16, 563 ff.

187) z.B. Grundstücksumsatzsteuer, notarielle Kosten, Gebühren für die "Juristenkasse" (Gesetz 4114/1960) usw.

188) Vgl. FRANGISTAS, aaO, S. 63; zur Problematik der Anwendung dieser Gesetze vgl. GASIS, Zetemata ek tes eisagoges tou neou nomismatikou systematos (Fragen der Einführung eines neuen Währungssystems), 1946; GASIS, Themis 65, 1 ff.

189) Vgl. FRANGISTAS, aaO., S. 64; GASIS, aaO., S. 13 ff.; Areopag 548/1948 Themis 60, 29.

190) Dig 19.1.50 = Bas 18.8.50, vgl. WINDSCHEID, Pandekten § 322 Anm. 16.

191) Areopag 343/1955 NoB 3, 824.

d) In verschiedenen Gesetzen über landwirtschaftliche Grundstücke finden sich Vorschriften, die unter bestimmten Voraussetzungen unwirksame VV¹⁹²⁾ als gültig erklären¹⁹³⁾. Problematisch ist die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschriften¹⁹⁴⁾.

e) Schließlich regeln einige Gesetze die Wirksamkeit von VV, welche die Übertragung von Kraftfahrzeugen zum Gegenstand haben¹⁹⁵⁾.

III. Die einzelnen VV

1. VV zu einer Schenkung

Der Areopag hatte im Urteil 15/1958¹⁹⁶⁾ über einen VV zu einer Schenkung zu entscheiden. In einem notariellen VV¹⁹⁷⁾ hatten die Erblasserin der Beklagten und der klagende Verein vereinbart, daß der endgültige Schenkungsvertrag über ein landwirtschaftliches Grundstück unter gewissen Auflagen innerhalb von zwei Monaten abgeschlossen werden müsse. Zum endgültigen Vertrag kamen die Parteien aber nicht, da die künftige Schenkerin kurz nach dem Abschluß gestorben war. Das Berufungsgericht war der Meinung, daß der Beklagte nach Ablauf der zweimonatigen Frist keinen Anspruch auf Abschluß des HV hatte ("peremptorische Frist"). In diesem Fall - führte der Areopag aus - seien die Vorschriften über den Verzug des Schuldners

192) Die Unwirksamkeit ist oft die Folge des Verstoßes gegen Veräußerungsverbote.

193) So etwa Gesetz 1832/1951 Art. 4 §§ 1 und 2. Nach diesem Gesetz werden auch privatschriftliche VV zu Veräußerungsverträgen über landwirtschaftliche Grundstücke für wirksam erklärt. Ähnlich ist die Bestimmung von Art. 15 § 5 des Gesetzes 3958/1959.

194) Für die Verfassungsmäßigkeit Art. 15. § 5 Gesetz Nr. 3958/1959: Areopag 398/1964 NoB 12, 433; vgl. PARAPAGIDIS, Bestätigung von "unregelmäßigen" Rechtsgeschäften nach dem Gesetzbuch, Athen 1969.

195) So etwa Art. 8 § 5 des Gesetzes Nr. 4354/1964. Die Bestimmung betrifft VV auf Veräußerung von Autobussen mit Zulassung für den "öffentlichen Gebrauch".

196) NoB 6, 615 ff.

197) Der VV zu einer Schenkung bedarf der notariellen Form, weil der abzuschließende Schenkungsvertrag nach Art. 98 grZGB derselben Form bedarf. Anders § 518 BGB, nach dem nur das Schenkungsversprechen formbedürftig ist.

(Art. 340-343 grZGB) sowie auch Art. 503 (Schenkung unter Auflage) und Art. 512 (Unwiderruflichkeit einer Schenkung wegen besonderer sittlicher Pflicht) nicht anwendbar. Aus den veröffentlichten Gründen geht nicht eindeutig hervor, warum die Parteien einen VV und nicht gleich einen HV abgeschlossen haben.

2. VV zu einem Kaufvertrag

Der KaufVV ist im griechischen Recht der obligatorische Vertrag, durch den sich der Verkäufer verpflichtet, die Sache zu verkaufen und zu übereignen, sobald die im VV festgelegten Voraussetzungen vorliegen. Wird der Abschluß des HV von der fristgemäßen Abzahlung des Kaufpreises abhängig gemacht, so hat der VV offensichtlich die Funktion des Abzahlungsgeschäftes unter Eigentumsvorbehalt; der endgültige Kaufvertrag und der dingliche Vertrag fallen zusammen.

In den übrigen Fällen geht es um Kaufverträge, denen ein gesetzliches Verbot im Wege steht. Der VV bindet die Parteien bis zur Aufhebung des Verbotes bzw. Erteilung einer gerichtlichen Erlaubnis; dann werden der Kaufvertrag und der Eigentumsübertragungsvertrag in einem Akt vorgenommen.

Die meisten KaufVV betreffen einen Grundstückskauf. Dieser bedarf nach Art. 369 grZGB der notariellen Form¹⁹⁸⁾, welche nach Art. 166 grZGB auch für den VV erforderlich ist¹⁹⁹⁾. Besondere Gesetze fordern für die Übereignung von Kraftfahrzeugen die notarielle Beurkundung²⁰⁰⁾. Die Form gilt für das Verpflichtungs-, für das Verfügungsgeschäft²⁰¹⁾, wie auch für den VV²⁰²⁾. Zuweilen werden VV zum Kauf

198) Zur unrichtigen Überschrift dieses Artikels vgl. GASIS AllgT, S. 31 Anm. 3; GEORGIIADIS, aaO, S. 243, Anm. 53.

199) Kein VV und daher formfrei ist der Vertrag über die Teilnahme an der Auslosung von Grundstücken einer Genossenschaft, IG Athen 20452/1964 EEN 35, 150; zustimmend MICHAILIDIS-NUAROS im Gutachten abgedruckt in EEN 35, 109.

200) Gesetz Nr. 1725/1951 Art. 1; Gesetz 2367/1953 Art. 2 § 2.

201) GASIS in ERMAK Art. 513 Rdnr. 64.

202) Areopag 510/1966 NoB 15, 416.

beweglicher Sachen abgeschlossen. Das LG Thessaloniki²⁰³⁾ hatte über einen VV zu entscheiden, in dem die Parteien vereinbart hatten, nach vertragsmäßiger Abzahlung des Kaufpreises den endgültigen Vertrag betreffs bestimmter Maschinen abzuschließen. Der Verkäufer hatte mit dem Abschluß des VV die Maschinen geliefert und das Eigentum an ihnen vorbehalten. Daß dieser überflüssige Eigentumsvorbehalt im VV stand, ist nicht verwunderlich; denn es ging nicht um einen eigentlichen VV, sondern praktisch um den obligatorischen Kaufvertrag selbst.

Auf dem so gestalteten Typus des KaufVV wendet die Rechtsprechung fast alle Vorschriften über den Kaufvertrag (Art. 513 ff grZGB) und die Bestimmungen des allgemeinen Schuldrechts (Art. 287 ff grZGB) direkt an²⁰⁴⁾.

3. VV zu einem Mietvertrag

Durch den MietVV versprechen sich die Parteien, demnächst einen Mietvertrag abzuschließen. Der VV bedarf, wie der HV, grundsätzlich keiner Form. Ist ein Mietvertrag über ein Grundstück für längere Zeit als 9 Jahre abgeschlossen, so gilt er nach Art. 618 grZGB gegenüber dem neuen Eigentümer, nur wenn er notariell beurkundet und transkribiert worden ist. Für die Parteien ist der langjährige Mietvertrag in jeder Form rechtswirksam. Daher bereitet die Form des MietVV keine Schwierigkeiten wie im deutschen Recht. Art. 166 grZGB ist hier nicht anwendbar, weil die Form nach Art. 618 nur für die Geltendmachung des Mietvertrages gegen Dritte erforderlich ist.

Der Pachtvertrag über ein Bergwerk bedarf der notariellen Beurkundung²⁰⁵⁾. Der gleichen Form bedarf ein derartiger VV²⁰⁶⁾.

Die Parteien können aus verschiedenen Gründen einen MietVV statt eines endgültigen Mietvertrages abschließen. Üblicherweise handelt es sich hierbei um Vereinbarungen zwischen

203) 4704/1963 Ellinikon Dikaion 5, 77.

204) Vgl. LG Tessaaloniki, ebenda: Anwendung der Art. 389, 390, 391, 400, 532 grZGB; LG Athen 20642/1964 NoB 13, 42: Anwendung der Art. 519, 550 grZGB.

205) Gesetz Nr. 2514/1940 Art. 18.

206) Berufungsgericht Athen 1898/1955 EEN 23, 242 ff.

dem alten Mieter und dem Grundstückseigentümer, daß ersterer im wiederaufgebauten Grundstück aufs neue als Mieter eingesetzt wird²⁰⁷⁾.

4. VV zu einem Dienstvertrag

Einen derartigen VV hat der Landgerichtspräsident des LG Piräus²⁰⁸⁾ in einer Vereinbarung erblickt, in der der Beklagte sich verpflichtet hat, in einem von ihm zu übernehmenden Geschäft den Kläger als Nachtwächter anzustellen. Gegen die Qualifikation dieser Abmachung als VV sind mit Recht Bedenken geäußert worden²⁰⁹⁾.

5. VV auf vertragliche Aufhebung einer Gemeinschaft

Art. 798 grZGB bestimmt, daß die Aufhebung einer Rechtsgemeinschaft durch Teilung erfolgt. Sind alle Teilhaber in der Art der Teilung einverstanden, so liegt eine vertragliche Teilung vor. In der Rechtsprechung hat man Vereinbarungen über eine künftige Teilung als VV bezeichnet²¹⁰⁾.

6. VV zu einem Gesellschaftsvertrag

In der Lehre wird vielfach die Möglichkeit eines VV erwähnt, durch den sich die Parteien verpflichten, einen Gesellschaftsvertrag abzuschließen²¹¹⁾. Die Gerichte haben sich jedoch mit einem solchen VV anscheinend noch nicht beschäftigt²¹²⁾. Der VV zu einem Gesellschaftsvertrag wirkt

207) Vgl. Berufungsgericht Athen 527/1967 EEN 34, 563 ff; 1649/1928 Themis 40, 479 ff.

208) 790/1954 NoB 2, 685 ff.

209) SAKKELARIOU, in Anm. zur erwähnten Entscheidung. Er hält diesen Vertrag für einen bedingten endgültigen Dienstvertrag.

210) Areopag 488/1965 NoB 14, 415; im früheren Recht, Berufungsgericht Patras 35/1935 EEN 2, 626.

211) ZEPPOS, Schr II, S. 457; KARAVAS, HandelsR II, 1, S. 159; KAFKAS, Schr Bes Teil Art. 730-946, Art. 741 Anm. 8 b; ders., Neon Dikaion, 12 (1956), S. 145 ff.

212) Anlässlich einer Rechtsstreitigkeit hat TRIANDAPHYLLOPOULOS ein Gutachten abgegeben (abgedruckt in Themis 51, 89), das von der Wirksamkeit eines GesellschaftsVV handelt. Die Parteien hatten in einem Mietvertrag über ein Filmtheater vereinbart, daß der Mieter mit einem Sohn des Vermieters eine Gesellschaft begründen sollte. TRIANDAPHYLLOPOULOS bezeichnete die Abmachung als einen unwirksamen VV zur Gründung einer Gesellschaft, weil weder die Gesellschaftsform noch die Beiträge bestimmt worden waren.

folgende Probleme auf:

- a) Form: hier gilt Art. 166 grZGB.
- b) Inhalt: die wesentlichen Punkte des abzuschließenden Vertrages müssen bestimmt oder bestimmbar sein²¹³). Umstritten ist die Frage, ob der VV als der endgültige Gesellschaftsvertrag anzusehen ist, wenn sämtliche Vertragspunkte im VV festgelegt sind²¹⁴).
- c) Kündigung: wird jemand aufgrund des VV verurteilt, den endgültigen Gesellschaftsvertrag abzuschließen, so gilt Art. 1011 grZPGB. Nach Abschluß des HV durch Annahme des Urteils kann ein Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag laut Artikel 743, 766, 767 grZGB kündigen und Schadensersatz verlangen, wenn der andere Gesellschafter seinen Beitrag nicht erbringt²¹⁵).

7. VV zu einem Darlehnsvertrag

Der DarlehnsVV wurde schon im Zusammenhang mit den VV zu den Realverträgen behandelt²¹⁶). Hier sei nur noch erwähnt, daß die moderne Lehre aufgrund der Vertragsfreiheit das Konsensualdarlehen als HV bezeichnet²¹⁷). Das Darlehnsversprechen und den Krediteröffnungsvertrag²¹⁸) hält man für einen VV.²¹⁹)

8. VV zu einem Vergleich

Der VV zu einem Vergleich verpflichtet zum Abschluß des endgültigen Vergleichsvertrages. Aus der Rechtsprechung sind ein VV zu einem Vergleich im Konkurs²²⁰) und ein VV zu einem außergerichtlichen Vergleich zu erwähnen²²¹). Der Vergleichs-

²¹³) S. Anm. 211.

²¹⁴) Bejahend: KARAVAS, ebenda; anderer Meinung: KAVKAS, SchR, ebenda, ZEPPOS, ebenda.

²¹⁵) S. Anm. 211.

²¹⁶) S. oben I 1 Bd.

²¹⁷) So BOUZIKAS in ERMAK Einf. vor Art. 806-809, Rdnr. 11-16; ZEPPOS, SchR II, S. 152; vgl. BAMBUKIS, Kreditverträge der Banken, S. 213 ff.

²¹⁸) BOUZIKAS, aaO, Art. 809, Rdnr. 1, 15 mit Berufung auf das SCHEDION, SchR, S. 259.

²¹⁹) KAVKAS, SchR Art. 806 Anm. 2; anderer Meinung BOUZIKAS, aaO, Rdnr. 7a.

²²⁰) Areopag 504/1940 Themis 52, 194.

²²¹) Areopag 358/1954 NoB 2, 810.

vertrag ist grundsätzlich formfrei. Hat er aber ein dingliches Recht an einem Grundstück zum Gegenstand, so bedarf er der notariellen Beurkundung²²²⁾. Das gilt auch für den entsprechenden VV²²³⁾.

9. VV zu einer Mitgiftbestellung

Art. 1495 ff grZGB bestimmen die Voraussetzungen für die Verpflichtung der Eltern zur Bestellung einer Mitgift zugunsten ihrer Tochter²²⁴⁾. Die Eltern (primär der Vater) sind verpflichtet, eine Mitgift zu bestellen, welche a) ihrem Vermögen, b) der Zahl ihrer Kinder, c) der sozialen Stellung und d) der sozialen Stellung des Mannes ihrer Tochter entspricht (Art. 1495 grZGB). Da diese Kriterien ziemlich unsicher sind, wird oft vor der Eheschließung durch einen sogenannten VV mit dem künftigen Ehemann vereinbart, was die Eltern als Mitgift zu bestellen haben²²⁵⁾. Eine derartige Mitgiftzusage bedarf der notariellen Beurkundung²²⁶⁾, weil dieselbe Form für die Mitgiftbestellung vorgeschrieben ist (Art. 1406, 1402, 166 grZGB)²²⁷⁾. Hier handelt es sich allerdings nicht um einen VV im eigentlichen Sinn, sondern um den obligatorischen Vertrag der die Verpflichtung zur Bestellung einer bestimmten Mitgift begründet. Zwischen der

222) Vgl. Art. 369 grZGB.

223) Vgl. Areopag ebenda.

224) Diese Verpflichtung bestand auch im früheren Recht. Nach heftiger Diskussion (dazu s. PLAGIANAKOS, S.156) hatte die Revisionskommission für das grZGB die Aufhebung dieser Verpflichtung beschlossen; der endgültige Entwurf enthielt keine Bestimmungen darüber, sondern nur Vorschriften über eine Art Aussteuer nach dem Vorbild der §§ 1620-1623 BGB (aufgehoben durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18.6.1957). Während der letzten Bearbeitung des Entwurfes durch BALIS wurden die geltenden Bestimmungen in das grZGB eingefügt; vgl. STEFANOPOULOS, AcP 157 (1958), 494 ff.

225) Zu den psychologischen Folgen der "vereinbarten Ehe" vgl. KOURETAS und PAPATHOMOPOULOS, Marriage by Arrangement in Greece and its Psychiatric Implications, a socio-cultural and clinical study, Athens 1967 (m. Bibliographie und Nachweisen).

226) So auch für das frühere Recht PAPARIGOPOULOS und EUKLEIDIS in Themis 2(1891) 350 ff.

227) LG Athen 24387/1962 EEN 30, 548; Berufungsgericht Thessaloniki 300/1968 EEN 35, 731; MICHAILIDISNUAROS, FaR, 161.

vertraglichen und der gesetzlichen Verpflichtung zur Mitgiftbestellung bestehen folgende Unterschiede:

- a) der VV wird mit dem künftigen Ehemann abgeschlossen, und daher hat dieser den Anspruch auf die versprochene Mitgift, während der gesetzliche Anspruch der Tochter zusteht;
- b) aus denselben Gründen, die zur Enterbung berechtigen, können die Eltern die gesetzlich vorgeschriebene Mitgiftbestellung verweigern (Art. 1497 grZGB), während die Verpflichtung aus dem VV trotz des Eintritts eines solchen Grundes fortbesteht²²⁸⁾;
- c) Der Anspruch der Tochter verjährt 5 Jahre nach der Eheschließung (Art. 1498 grZGB), während der Anspruch auf den VV der regelmäßigen 20jährigen Verjährung unterliegt²²⁹⁾;
- d) durch den VV kann sich auch ein Dritter zur Bestellung einer Mitgift verpflichten, der gesetzlich nicht dazu verpflichtet ist, während die gesetzliche Pflicht nur die Eltern betrifft²³⁰⁾.

10. VV zu einem Veräußerungsvertrag über ein Dotalgrundstück

Art. 1417 grZGB verlangt für diese Veräußerung eines Dotalgrundstücks die Zustimmung der Frau und eine gerichtliche Erlaubnis, welche nur dann erteilt werden kann, wenn die Veräußerung "unabwendbar" notwendig oder "offenkundig" vorteilhaft ist. Wollen die Eheleute das Dotalgrundstück verkaufen und haben sie einen Käufer gefunden, so können sie mit ihm einen VV des Inhalts abschließen, daß nach Erteilung der gerichtlichen Erlaubnis der endgültige Kaufvertrag abgeschlossen werden soll. Der VV ist nur dann gültig, wenn

228) Berufungsgericht Athen 426/1964 NoB 12, 1089.

229) Berufungsgericht Athen, ebenda.

230) Der Areopag (755/1958 NoB 7, 322 ff) hatte über die Wirksamkeit eines VV zu entscheiden durch den sich ein Dritter zur Bestellung einer Mitgift verpflichtet hatte. Im VV stand, daß der Dritte eine Wohnung auf einem anzuschaffenden Grundstück als Mitgift bestellen sollte. Der Areopag hielt diesen VV für genügend bestimmt.

die Erteilung der Erlaubnis als Bedingung in ihm aufgenommen wird²³¹⁾. Lehnt das Gericht die Erlaubnis ab, so soll nach einer Meinung²³²⁾ der Mann gegenüber dem VVKäufer nach den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung (Art. 362 ff grZGB) haften.

IV. Das Schuldverhältnis aus dem VV

1. Der Anspruch auf Abschluß des endgültigen Vertrages

Der VV begründet einen Anspruch auf Abschluß des HV. Üblicherweise verpflichten sich die Parteien, durch den VV auch das entsprechende Verfügungsgeschäft abzuschließen (z.B. beim Kauf die Übereignung), so daß die Rechtstellung des Berechtigten aus dem VV in vielen Fragen die gleiche ist wie die Rechtstellung des Berechtigten aus dem HV²³³⁾. Weigert sich die eine Partei vertragswidrig, den HV abzuschließen, so kann die andere auf Abgabe der geschuldeten Willenserklärung klagen (Art. 1011 grZPGB)²³⁴⁾. Das Urteil ersetzt nur die Willenserklärung des Vertragspartners; der HV kommt erst nach Annahme dieser Willenserklärung zustande²³⁵⁾. Die Annahme muß in der gesetzlich vorgeschriebenen Form (etwa notariell beim Grundstückskauf) erfolgen²³⁶⁾. Bei den üblichen VV zu einem Grundstückskauf kommt der HV dann zustande, wenn der Berechtigte unter Vorlage des Urteils nach Art. 1011 grZPGB vor einem Notar seine eigene Vertragserklärung abgibt; enthält das Urteil eine Bestimmung über die Übereignung der Sache - was in der Regel der Fall sein wird -, so kann der notarielle Akt in das Transkriptionsbuch umgeschrieben werden und mit der Tran -

231) So der Staatsanwalt beim LG Nauplion im Gutachten 176/1949 abgedruckt in Arch Nomologias 2(1951), 330 ff; vgl. Berufungsgericht Athen 1961/1953, Themis 64, 860; GAZIS, EEN 21, 366.

232) MICHAÏLIDIS-NOUARIOS, FaR, 188.

233) Dazu im folgenden.

234) GEORGIADIS, aaO, S. 61; RAMMOS in ERMAK, Art. 166 Rdnr. 21; TOUSIS, AllgT, S. 483.

235) Anders im früheren Recht, wo das Urteil nach Art. 882 II 2 grZPO den ganzen Vertrag ersetzte (h.M.) vgl. RAMMOS, aaO, Rdnr. 3a.

236) RAMMOS, Grundriß II, S. 436.

skription wird der VV-Käufer Eigentümer des Grundstücks. Die Klage auf Abschluß des endgültigen Vertrages kann mit der Klage auf Erfüllung desselben verbunden werden²³⁷⁾. Umstritten ist die Rechtsnatur der Klage nach Art. 1011 grZPGB²³⁸⁾. Die h.M. bezeichnet sie als Gestaltungs-²³⁹⁾klage²⁴⁰⁾, während eine dritte Meinung für eine Feststellungsklage plädiert²⁴¹⁾. Richtiger ist die Auffassung, nach der das Urteil der Leistungsklage auf Abgabe einer Willenserklärung insoweit eine Gestaltungswirkung hat, als mit der Rechtskraft des Urteils "die Erklärung als abgegeben gilt"²⁴²⁾.

2. Selbstkontrahierungsklausel

Enthält der VV eine Selbstkontrahierungsklausel, so kann der Berechtigte den HV durch Insichgeschäft zustandebringen. Das Insichgeschäft kann aber erst dann vornehmen, wenn er seine Verpflichtungen aus dem VV erfüllt hat²⁴³⁾. Der Unterschied zwischen dem Anspruch auf Abschluß des HV und der Befugnis, den HV einseitig zustandezubringen, liegt praktisch darin, wer über den Eintritt der im VV festgelegten Bedingungen für den Abschluß des endgültigen Vertrages entscheidet. Klagt der Berechtigte auf Abschluß des HV, so hat das Gericht zu prüfen, ob die im VV bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Dagegen entscheidet der Berechtigte selbst darüber, wenn er das Insichgeschäft vor-

237) Berufungsgericht Athen 2045/1934 EEN 2, 393 ff. Dies war im früheren Recht umstritten, vgl. RAMMOS, Grundriß II, S. 437. Heute erlaubt Art. 70 grZPGB die Klage auf künftige oder bedingte Leistung, vgl. RAMMOS, Grundriß I, S. 54.

238) So schon im früheren Recht unter Art. 882 II 2 grZPO.

239) LG Thessaloniki 259/1957 Armen 11, 1957, 505 Areopag 811/1959 EEN 26, 871; BALIS, Studien, S. 220; RAMMOS EEN 16, 545 ff.

240) SINANIOTIS, EEN 29, 631.

241) MITSOPOULOS, EEN 17, 321.

242) Art. 1011 grZPGB. So heute auch im deutschen Recht, BLOMEYER, Zivilprozeßrecht § 94 I, S. 497.

243) üblicherweise die regelmäßige Abzahlung des Kaufpreises, vgl. die typische VV oben I 3.

nimmt²⁴⁴⁾. Insofern stellt das Insihgeschäft eine Art "Selbsthilfe" im Sinne BÖTTICHERS²⁴⁵⁾ dar, obwohl das Recht aus der unwiderruflichen Vollmacht zum Selbstkontrahieren nicht als Gestaltungsrecht angesehen wird²⁴⁶⁾.

3. Die Funktion der Draufgabe

Beim Abschluß des VV zu einem Kaufvertrag wird in der Regel eine Geldsumme als "Draufgabe" bezahlt²⁴⁷⁾. Das grZGB stellt im Art. 402 die Auslegungsregel auf²⁴⁸⁾, daß die Draufgabe "als zur Deckung des Schadens aus der Nichterfüllung des Vertrags geleistet" gilt, wenn die Parteien ihr keine andere Bedeutung gegeben haben. Danach läßt das grZGB jede Vereinbarung über die Funktion der Draufgabe zu; sie kann nämlich folgende Bedeutung haben:

- a) bloßes Zeichen zum Beweis des Vertragsabschlusses (arrha confirmatoria),
- b) Sicherung für den Ersatz des Schadens aus der Nichterfüllung des Vertrages (im Zweifel gilt sie als solche, Art. 402 grZGB),
- c) Reuegeld: der Geber darf unter Verzicht auf die Draufgabe vom Vertrag zurücktreten (vgl. Art. 398 grZGB),
- d) arrha poenalis: trotz der Bezeichnung als Draufgabe kann sie eine "real" vereinbarte Vertragsstrafe darstellen²⁴⁹⁾.

In der Praxis ist es allerdings oft schwierig, festzustellen, welche Bedeutung eine Draufgabe im VV hat²⁵⁰⁾. Jeden-

244) In der Praxis wird der Berechtigte aus etwa einem VV zum Grundstückskauf vor dem Notar erscheinen und unter Vorlage der Quittungen bzw. der Hinterlegungsbescheinigung die entsprechenden Willenserklärungen abgeben.

245) BÖTTICHER, Festschrift für Dölle, S. 43.

246) GEORGIADIS, aaO, S. 98 ff, betont den Unterschied zwischen einem Gestaltungsrecht (Optionsrecht) und der Vollmacht zum Selbstkontrahieren, gibt aber zu, daß beide B griffe sich "im Ergebnis decken", wenn die Vollmacht im Interesse des Vertreters (und daher als unwiderruflich) erteilt worden ist (104). "

247) Vgl. die typische VV oben I 3.

248) So BALIS, Schr § 98.

249) BALIS, ebenda.

250) Vgl. den Streit im früheren Recht anläßlich eines VV aus dem Jahre 1941, dazu KYRIAKOPOULOS, Themis 56

falls handelt es sich um eine Draufgabe aus Anlaß eines abgeschlossenen Vertrages (arrha pacto perfecto data)²⁵¹⁾. Im Zweifel hat sie den Charakter einer Vertragsstrafe²⁵²⁾ und nicht eines Reugeldes. Der Vertragspartner, der die Nichterfüllung des VV nicht verschuldet hat, kann nicht nur die Draufgabe behalten bzw. doppelt zurückfordern (Art. 403 grZGB) sondern auch den Abschluß des HV nach Art. 1011 grZPGB verlangen²⁵³⁾. Bei vertragsmäßiger Abwicklung des VV wird die Draufgabe auf die Vertragsleistung des Gebers angerechnet²⁵⁴⁾.

4. VV und Recht zum Besitz

Der VV als solcher gibt kein Recht zum Besitz²⁵⁵⁾. Beim Abschluß eines VV zu einem Grundstückskauf wird dennoch oft der Besitz an der zu verkaufenden Sache übertragen²⁵⁶⁾. Die Parteien sprechen verschiedentlich vom unmittelbaren Besitz ("nomê"), unmittelbaren Besitz ("katochê") oder einfachen Gebrauch ("chrêsis"). Gemeint wird damit, daß der künftige Käufer die tatsächliche Gewalt über das Grundstück ausüben kann²⁵⁷⁾. Ein Recht zum Besitz kann nach der Rechtsprechung nur ein formgültiger Vertrag geben²⁵⁸⁾.

(1945), S. 236 ff; Gutachten von TRIANDAPHYLLOPOULOS-MAKROPOULOS, BALIS, PRATSIKAS in Themis 53 (1942), S. 273 ff; Areopag 57/1945, Themis 56, 268.

251) BALIS, ebenda; SONTIS in ERMAK Art. 403 Rdnr. 20. Im früheren (römischen) Recht konnte die Draufgabe vor dem Abschluß des Vertrags gegeben werden (arrha pacto imperfecto data); vgl. BALIS, ebenda. Zur Geschichte der Draufgabe vgl. PAPOULIAS, Die historische Entwicklung der arrha im Schuldrecht (griechisch), Leipzig 1911; PRINGSHEIM, The Greek Law of Sale, 1950.

252) SONTIS, aaO, Art. 402 Rdnr. 2, 15, 16.

253) LG Athen 20642/1964 NoB 13, 42; vgl. SONTIS, aaO, Art. 403 Rdnr. 20.

254) Vgl. die typischen VV oben I 3.

255) BALIS, SaR § 93 b.

256) Vgl. die typischen VV oben I 3.

257) Vgl. Areopag 74/1958 6, 664 (667).

258) Areopag 32/1968 NoB 16, 460.

5. Unmöglichkeit der Leistung

Der Verpflichtete aus dem VV schuldet seine Mitwirkung beim Abschluß des endgültigen Vertrages. Betrifft der VV den Abschluß eines Veräußerungsvertrages, so hat der Schuldner die Sache erst nach dem Zustandekommen des endgültigen Vertrages an den Gläubiger zu leisten. Wir haben aber schon gesehen, daß die Parteien sich im übrigen Kauf-VV verpflichten, die Sache zu verkaufen und zu übertragen²⁵⁹⁾. Nach dem Parteiwillen ist daher die Kaufsache der eigentliche Leistungsgegenstand des VV²⁶⁰⁾. Diese Leistung kann entweder schon beim Abschluß des VV unmöglich sein oder es nachträglich werden. Es stellt sich dann die Frage, ob die Vorschriften über Unmöglichkeit der Leistung (Art. 335 bis 338, 380 bis 382 grZGB) hier anwendbar sind. Nach der Lehre²⁶¹⁾ und der Rechtsprechung zum grZGB²⁶²⁾ gelten diese Bestimmungen auch für die VV. Die Begründung dieser Lösung scheint für die Lehre Schwierigkeiten zu bereiten. RAMMOS²⁶³⁾ spricht von einer analogen Anwendung, während BALIS²⁶⁴⁾ versucht, die Verpflichtung zur Herausgabe des Ersatzes²⁶⁵⁾ auf den "adäquaten Kausalzusammenhang" zwischen Unmöglichkeit und dem anstelle der Leistung getretenen Schadensersatz zu begründen! Einer solchen Argumentation liegt der Gedanke zugrunde, daß die Mitwirkung beim Abschluß des HV die eigentliche Leistung ist. Darauf hat sich auch der Areopag in einer Entscheidung aus dem Jahre 1951 berufen, um die Anwendbarkeit der römisch-rechtlichen Bestimmungen über die Herausgabe des Ersatzes auszuschließen²⁶⁶⁾. Dabei ging es um die Beurteilung folgenden Sachverhalts: die Parteien hatten vor der Einführung des

259) Vgl. die typischen VV oben I 3.

260) Vgl. die gleichen Gedanken zum Optionsvertrag bei GEORGIADIS aaO, S. 123 ff.

261) RAMMOS in ERMAK Art. 166 Rdnr. 23-24; BALIS, Schr § 50; 3; ZEPOS, Gutachten abgedr. in EEN 25, 122 ff.

262) Areopag 430/1967 NoB 6, 35 ff.

263) ebenda; zustimmend BOSDAS, S. 159.

264) ebenda (BALIS).

265) Nach Art. 338 grZGB ("des Erhaltenen"); vgl. § 281 BGB.

266) 119/1951 Themis 62, 326.

grZGB in einem VV den Abschluß eines Kaufvertrages über ein Schiff vereinbart. Vor dem Abschluß des endgültigen Vertrages war das Schiff aber gesunken. Die Klage des VV-Käufers auf Herausgabe des Ersatzes (der Versicherungssumme) wies das Berufungsgericht ab; die Revision hatte keinen Erfolg. "Die Schuldleistung aus dem VV", sagte der Areopag, "besteht aus der Verpflichtung zur Mitwirkung und nicht aus der Verpflichtung zur unmittelbaren Übergabe des zu verkaufenden Gegenstandes." Der Schuldner sei zwar frei, da er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hatte, den Ersatz brauche er jedoch nicht herauszugeben, weil "die entsprechenden Bestimmungen des römischen Rechts nur für den endgültigen Vertrag gelten"²⁶⁷). In seiner neuen Rechtsprechung wendet der Areopag die entsprechenden Vorschriften des grZGB (Art. 380-382) auch auf die VV^{267a)} an.

6. Die Zeitbestimmung für den Abschluß des endgültigen Vertrages

Der im VV bestimmte Zeitpunkt für den Abschluß des HV entspricht der Leistungszeit im Sinne des allgemeinen Schuldrechts. Dennoch lassen sich die Vorschriften des grZGB über Leistungszeit und Verzug wegen der Besonderheiten des VV nicht ohne weiteres auf ihn übertragen. Die Lehre scheint sich mit dem einschlägigen Problem noch nicht beschäftigt zu haben²⁶⁸). Dagegen hatten die Gerichte oft einzelne Fragen aus diesem Komplex zu beantworten²⁶⁹).

A. Wird im VV der Zeitpunkt für den Abschluß des endgültigen Vertrages festgelegt, so fragt sich a) ob der Schuldner

267) RAMMOS, aaO, Rdnr. 24, weist auf die ungerechtfertigte Differenzierung dieser Auffassung hin: Warum sollen nur die Regeln über die Befreiung des Schuldners infolge einer nicht zu vertretenden Unmöglichkeit und nicht auch die Regeln über die Herausgabe des Ersatzes für den VV gelten?

267a) Areopag 439/1957 NoB 6, 35 f.

268) Vgl. RAMMOS in ERMAK, der die Frage des Verzugs nicht behandelt. GEORGIADIS, aaO, S. 62 ff, erwähnt den Verzug im Zusammenhang mit der Abgrenzung des Optionsvertrages gegenüber dem VV.

269) Die gleiche Problematik betreffs des Termins im VV findet sich im italienischen Recht, vgl. ALABISO, Il contratto preliminare (Milano 1966) 120 ff.

vorzeitig leisten darf und ob er dann den Abschluß des HV verlangen kann, und b) was gilt, wenn der HV bis zum vereinbarten Termin nicht abgeschlossen worden ist.

Zu a): In den üblichen VV zu einem Kaufvertrag wird meistens ausdrücklich vereinbart, daß der Käufer den Kaufpreis vorzeitig abzahlen darf. In diesem Fall kann er auch den vorzeitigen Abschluß des HV verlangen²⁷⁰⁾.

Zu b): Wurde der HV nicht innerhalb der vereinbarten Zeit, oder nicht zum festgelegten Termin abgeschlossen, dann treten zunächst die Folgen ein, die die Vertragspartner im VV bestimmt haben²⁷¹⁾. Wenn die Parteien keine Vereinbarungen darüber getroffen haben, dann ist es eine Auslegungsfrage, ob der Termin die Bedeutung einer "Ausschlußfrist"²⁷²⁾ oder ob die Rechte und Pflichten aus dem VV trotz der Terminüberschreitung fortbestehen²⁷³⁾. Der Areopag hat einen VV dahin ausgelegt, daß bei "Nichterscheinen des einen Vertragspartners zur Unterzeichnung des endgültigen Vertrages" das Recht zur Erfüllung des VV nicht verloren gehe²⁷⁴⁾. Der andere hätte nur dann zurücktreten können, wenn er dem in Verzug gekommenen Schuldner eine angemessene Frist gewährt und dabei erklärt hätte, daß er die Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne (Art. 383 grZGB). Problematisch sind ferner die Bedeutung und die Form einer vereinbarten Verlängerung der Zeit für den Abschluß des endgültigen Vertrages. Der Areopag stellt darauf ab, ob die Zeitbestimmung ein "wesentlicher Punkt" des VV ist, und verlangt in solchen Fällen die notarielle Beurkundung der Verlängerungsvereinbarung betreffs eines formellen VV²⁷⁵⁾.

270) Vgl. dazu und im folgenden die typischen VV oben I 3.

271) Üblicherweise hat der Verkäufer das Recht, vom Vertrag zurückzutreten und die bezahlte Draufgabe zu behalten, wenn der Käufer seine Verpflichtungen bis zum Fälligkeitstermin nicht erfüllt hat; vgl. oben I 3.

272) Vgl. Areopag 540/1965 NoB 14, 491: "peremptorische Frist". Die Terminologie ist dem Prozeßrecht entliehen. So auch im italienischen Recht ("termine perentorio"), vgl. ALABISO, a.a.O., S.12f.

273) In solchen Fällen spricht man in Italien von einem "termine ordinario", ALABISO, ebenda.

274) Areopag 766/1954 NoB 3, 361 ff.

275) Areopag 370/1964 NoB 13, 166; vgl. oben II 1 C

B. Haben die Parteien keinen Termin für den Abschluß des endgültigen Vertrages festgelegt, so ist zunächst zu prüfen, ob dieser Abschluß von einer Bedingung abhängig gemacht wurde²⁷⁶⁾. Mit dem Eintritt der Bedingung kann die eine Partei die andere (beim gegenseitigen VV) in Verzug setzen. Der VV-Gläubiger hat dann die sich aus den Art. 340 ff, 383 ff grZGB²⁷⁷⁾ ergebenden Rechte. Er kann also den Verzugsschaden ersetzt verlangen und den Abschluß des HV nach Art. 1011 grZPGB verfolgen. Ferner kann er den Abschluß verweigern, und Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren oder schließlich vom VV zurücktreten.

In den seltenen Fällen, wo weder der Abschluß des HV vom Eintritt einer Bedingung abhängt, noch ein Termin vereinbart worden ist, stellt sich die Frage, wann der VV-Gläubiger diesen Abschluß verlangen kann. Art. 323 grZGB bestimmt: "Ist die Leistungszeit weder aus dem Rechtsgeschäft noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen und der Schuldner sie sofort bewirken." Danach ist der VV-Gläubiger in solchen Fällen berechtigt, den sofortigen Abschluß des endgültigen Vertrages zu verlangen. Möglich ist allerdings eine spätere Festlegung des Fälligkeitstermins²⁷⁸⁾.

Zu prüfen ist noch, ob die fehlende Terminbestimmung im VV vom Richter festgelegt werden kann. Das grZGB gibt ihm keine solche Befugnis²⁷⁹⁾. Im Rahmen eines "Versuchs zur gütlichen Beilegung" einer Rechtsstreitigkeit nach Art. 209 ff grZPGB kann der Friedensrichter²⁸⁰⁾ einen Termin für den Abschluß des HV vorschlagen, die Parteien müssen sich aber damit einverstanden erklären²⁸¹⁾. Schließlich unterliegt

276) Z.B. Erteilung einer gerichtlichen Erlaubnis

277) Vgl. §§ 286, 326 BGB.

278) Wäre auch hier die für den VV erforderliche Form zu beachten? Die konsequente Durchführung der vom Areopag aufgestellten Regel über die Form der Verlängerungsvereinbarung spricht für die Formbedürftigkeit.

279) Anders Art. 1183 des italienischen codice civile, vgl. ALABISO, aaO, S. 125 f.

280) Entspricht dem deutschen Amtsrichter.

281) Zum Rechtsinstitut des "Vergleichsversuches" vgl. BAUMGÄRTEL, ZJP 81 (1968), S.1 ff; RAMMOS, Grundriß I, S. 95 ff.

der Anspruch auf Abschluß des endgültigen Vertrages der Verjährung²⁸²⁾.

7. Rücktrittsrecht

A. Art. 389 ff grZGB regeln das vertragliche Rücktrittsrecht. Sie gelten auch für die VV, die oft ein Rücktrittsrecht enthalten²⁸³⁾. Das Rücktrittsrecht braucht nicht ausdrücklich eingeräumt zu werden²⁸⁴⁾. Die Vereinbarung, daß der Schuldner bei Nichterfüllung seiner Verpflichtungen seiner Rechte aus dem Vertrag verlustig gehen solle, gilt als Rücktrittsvereinbarung (Art. 399 grZGB)²⁸⁵⁾. Ferner kann die beim Abschluß des VV bezahlte Draufgabe die Bedeutung des Reuegeldes haben²⁸⁶⁾.

B. Darüber hinaus gewährt das Gesetz ein Rücktrittsrecht bei Vertragsverletzungen. Kommt der Schuldner in Verzug, so kann der Gläubiger nach Art. 383 grZGB (vgl. § 326 BGB) vom VV zurücktreten. Das gleiche gilt für den Fall der zu vertretenden Unmöglichkeit, Art. 382 grZGB (vgl. § 325 BGB).

C. Die Wirkungen des Rücktrittsrechts sind in Art. 389 § 2 grZGB geregelt: die Leistungsverpflichtungen aus dem Vertrag erlöschen und die Parteien sind verpflichtet, die erhaltenen Leistungen nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zurückzugewähren²⁸⁷⁾. Bemerkenswert ist die Bestimmung von Art. 387 § 1 grZGB: Macht der Gläubiger sein Rücktrittsrecht geltend, so kann ihm auf seinen Antrag und nach billigem Ermessen das Gericht Schadensersatz für den aus der Nichterfüllung entstandenen Schaden zugebilligt werden²⁸⁸⁾.

282) Regelmäßige Verjährungsfrist: 20 Jahre, Art. 249 grZGB.

283) Berufungsgericht Thessaloniki 6/1957 EEN 25, 673.

284) Zur Äquivalenz der verschiedenen untechnischen Ausdrücke vgl. GASIS in ERMAK Art. 389 Rdnr. 4.

285) Vgl. Art. 360 BGB; so Anm. 143.

286) BALIS, SchR § 95; vgl. oben IV 3.

287) In den üblichen VV zu einem Kaufvertrag vereinbaren die Parteien, daß der Verkäufer die bis zu dem Rücktritt bezahlten Beträge (besonders die Draufgabe) behält bzw. daß der Käufer die bezahlte Draufgabe doppelt verlangen kann; vgl. oben I 3.

288) Mangels einer solchen Vorschrift im BGB hilft man in Deutschland mit dem "Vorbehalt des Schadensersatzes bei Rücktrittserklärung", vgl. BLOMEYER, SchR, § 28 II 1 d, S. 152.

8. Sicherungen für die Erfüllung des VV

a) Vertragsstrafe-Draufgabe

In den üblichen Kauf-VV wird oft vereinbart, daß der Verkäufer die bezahlte Draufgabe und jede künftige Leistung behalten kann, wenn der Käufer seine Verpflichtungen nicht erfüllt. Dabei ist meistens wörtlich von einer Vertragsstrafe die Rede; manchmal bezeichnet man diese Beträge als "Schadensersatz"²⁸⁹⁾. Für die Vertragsstrafe gilt Art. 409 grZGB: ist sie unverhältnismäßig hoch, so kann das Gericht sie auf Antrag des Schuldners auf das angemessene Maß herabsetzen (vgl. § 343 BGB). Diese Vorschrift gilt analog auch für die Draufgabe, wenn sie die Bedeutung einer "real" vereinbarten Konventionalstrafe hat²⁹⁰⁾.

b) Arrestpfändung

Das griechische Recht kennt nicht das Rechtsinstitut der Vormerkung im Sinne des deutschen BGB. Für die Sicherung des Anspruchs aus dem VV kommt die Arrestpfändung in Frage. Der Areopag hat nach Art. 1034 § 1, 1035 grZPO die Arrestpfändung eines vorvertraglich versprochenen Grundstücks "zum Zwecke der Vindikation" zugelassen²⁹¹⁾. Nach dem neuen grZPGB kann das Gericht die Arrestpfändung anordnen, wenn die allgemeinen Voraussetzungen für die Anordnung einer einstweiligen Verfügung vorliegen²⁹²⁾. Dem Schuldner ist die Verfügung über den verpfändeten Gegenstand verboten (Art. 760 § 1 grZGB)²⁹³⁾. Die Arrestpfändung "tritt von selbst außer Kraft", wenn der Gläubiger innerhalb von dreißig Tagen²⁹⁴⁾ nicht eine (Leistungs-)Klage über die Hauptsache erhoben hat (Art. 737 grZPGB). Nach diesen

²⁸⁹⁾ Vgl. oben I 3.

290) LIGEROPOULOS, SchR, S. 495; BALIS, SchR § 99, 8. Es wird jedoch auch die Gegenmeinung vertreten.

291) Areopag 404/1955 NoB 3, 928 (929).

292) Art. 726 grZPGB: In dringenden Fällen oder zur Abwendung einer drohenden Gefahr kann das Gericht in dem besonderen Verfahren nach Art. 727 bis 747 einstweilige Verfügung zur Sicherung oder Erhaltung eines Rechts erlassen. Das gilt auch für bedingte oder befristete Rechte.

293) Bei Arrestpfändung eines Grundstücks ist die Verfügung gegenüber Dritten nur dann unwirksam, wenn sie nach der Eintragung der Pfändung in das Pfändungsregister erfolgt ist, Art. 760 § 3 grZPGB.

294) Das Gericht kann auch von Amts wegen diese Frist ab-

Vorschriften ist eine Arrestpfändung eines Grundstückes, das der Schuldner durch VV versprochen hat, nicht auszu-schließen²⁹⁵⁾.

c) Hypothek

Der VV-Käufer kann die Bestellung einer Hypothek an dem zu verkaufenden oder an einem anderen Grundstück des VV-Verkäufers zur Sicherung seiner Vorauszahlungen in den VV mit aufnehmen. Solche Vereinbarungen sind allerdings ziemlich selten²⁹⁶⁾.

9. Gläubigeranfechtung und Konkurs

A. Art. 939 ff grZGB regeln die Voraussetzungen und Wirkungen der Gläubigeranfechtung (*actio pauliana*). Anfechtbar ist jede "Entäußerung".²⁹⁷⁾ Hat sich der Schuldner arglistig und zum Schaden seiner Gläubiger durch einen VV verpflichtet, eine Sache zu veräußern, und wurde er nach Art. 1011 grZGB zur Veräußerung verurteilt, so können die Gläubiger nach Maßgabe von Art. 939 ff grZGB das Urteil mit einer Drittwiderspruchsklage (Art. 601 ff grZGB) anfechten²⁹⁸⁾.

B. Fällt ein Partner des VV vor Abschluß des HV in Konkurs, so ist zu prüfen, ob der VV vor der Zahlungseinstellung oder in der Zeit zwischen Zahlungseinstellung und Verkündung des Urteils über den Konkurs abgeschlossen worden ist²⁹⁹⁾. Ist der VV vor der Zahlungseinstellung abgeschlossen und wurde der Schuldner während der "période

kürzen oder bis zu einem Jahr verlängern Art. 737
§ 2 grZGB.

295) Zur Arrestpfändung im allg. vgl. RAMMOS, Grundriß II, S. 557; BEYS, Das Verfahren vor dem Einzelrichter, Band 2 (1969), S. 309 ff.

296) Vgl. oben I 3.

297) Sowohl die "alienatio" als auch die "renuntiatio", vgl. ZEPOS, SchR II, S. 783.

298) So BALIS, AllgT, § 31.6; ZEPOS SchR II, S. 784.

299) Das griechische Konkursrecht ist grundsätzlich dem französischen Recht nachgebildet. Novellen haben zahlreiche Änderungen herbeigeführt, vgl. ROKAS, Konkursrecht § 7. Die Zeit zwischen Zahlungseinstellung und Verkündung des Urteils über den Konkurs ist nach dem französischen Ausdruck "période suspecte" bezeichnet.

"suspecte" zur Abgabe seiner Willenserklärung verurteilt, dann gelten nach h. M. nicht die Bestimmungen der Art. 535 ff gr Handelsgesetz³⁰⁰⁾. Dagegen sind diese Vorschriften anwendbar, wenn der VV innerhalb der "période suspecte" abgeschlossen wurde³⁰¹⁾.

10. Übertragung und Vererbung der Rechte und Pflichten aus dem VV

A. Der Anspruch aus dem VV kann grundsätzlich durch Abtretung übertragen werden, es sei denn, daß das Schuldverhältnis sich ausschließlich auf die Parteien des VV bezieht³⁰²⁾. So ist z.B. die Forderung aus einem Darlehens-VV auf Gewährung der Darlehenssumme unabtretbar³⁰³⁾. In den üblichen VV zu einem Kaufvertrag vereinbaren die Parteien oft ausdrücklich die Abtretbarkeit der Forderung³⁰⁴⁾. Die Abtretung bedarf nicht der Form des VV³⁰⁵⁾.

B. Die gleichen Gedanken gelten für die Vererbung der Rechte und Pflichten aus dem VV. Auch hier ist die Vererblichkeit die Regel³⁰⁶⁾. Das gilt im besonderen für die VV zu einem Kaufvertrag³⁰⁷⁾. Dagegen ist der mit einer Person "verbundene" Anspruch nicht vererblich.

³⁰⁰⁾ So RAMMOS, in ERMAK Art. 166 Rdnr. 3 b; ders. Grundriß II, 436.

³⁰¹⁾ Art. 535 ff gr Handelsgesetz regeln die Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit der vom Schuldner vorgenommenen Rechtsgeschäfte oder "Zahlungen", vgl. ROKAS, aaO, §§ 56 ff, 59 ff.

³⁰²⁾ BALIS, AllgT, § 58; TOUSIS, S. 484. Für die Abtretbarkeit auch Berufungsgericht Athen 432/1923 Themis 35, 118 ff.

³⁰³⁾ BALIS, SchR, § 160 b.

³⁰⁴⁾ Vgl. oben I 3.

³⁰⁵⁾ Areopag 481/1960 NoB 9, 227.

³⁰⁶⁾ BALIS, AllgT, § 58; TOUSIS, ebenda; Berufungsgericht Athen, ebenda; LG Athen 9914/1957 Armen 13, 342.

³⁰⁷⁾ Oft wird die Vererblichkeit ausdrücklich vereinbart, vgl. oben I 3.

11. Das Urteil nach Art. 1011 grZPGB und nachträgliche Geschäftsunfähigkeit oder Veräußerungsverbot

A. Das rechtskräftige Urteil nach Art. 1011 grZGB ersetzt den Tatbestand der Abgabe der aus dem VV geschuldeten Willenserklärung. Diese Wirkung ist unabhängig vom Willen des Schuldners. Daraus folgert man, daß seine nachträgliche Geschäftsunfähigkeit keinen Einfluß auf die Wirksamkeit des durch das Urteil ersetzten Rechtsgeschäfts hat³⁰⁸⁾.

B. Umstritten ist die Frage, ob die nach Art. 1011 grZGB ersetzte Willenserklärung wirksam ist, wenn nach dem Abschluß des VV die Verfügung über die im VV versprochene Sache verboten oder eingeschränkt wurde³⁰⁹⁾. Nach der h.M. spielen solche Beschränkungen keine Rolle, weil die Verfügung unabhängig von dem Willen des VV-Schuldners erfolgt³¹⁰⁾. Die Gegenmeinung ist dennoch richtiger, weil die verschiedenen Veräußerungsverbote und -beschränkungen³¹¹⁾ nicht nur für die "tatsächliche" sondern auch für die nach Art. 1011 grZPGB fingierte Verfügungserklärung gelten³¹²⁾.

V. Zusammenfassung und kritische Bemerkungen

1. Der VV des griechischen Rechts ist eine "geregelter" Vertragsform. Das grZGB (Art. 166) definiert ihn und regelt seine Form; weitere Bestimmungen regeln mehrere Einzelfragen. Die h.M. betrachtet den VV als einen "selbständigen und für sich selbst existierenden" Vertrag³¹³⁾. Damit wird wohl die Trennung zwischen HV und VV betont. Der Vertrag, durch den sich die Parteien verpflichten, einen anderen Vertrag abzuschließen, soll danach etwas Unabhängiges von

308) So RAMMOS in ERMAK, Art. 166 Rdnr. 3 b; vgl. ders., Grundriß II, S. 436.

309) Z.B. nach Art. 1022 § 1, 1048 §§ 1, 2, 1061 §§ 1-3, 1088 §§ 2, 3 grZPGB.

310) So RAMMOS in ERMAK, ebenda, mit Nachweisen; ohne deutliche Stellungnahme, ders., Grundriß, ebda.

311) Wie etwa das Veräußerungsverbot bei Pfändung einer Sache im Zwangsvollstreckungsverfahren.

312) RAMMOS, Grundriß II, S. 437.

313) So vor allem in den Definitionen der Rechtsprechung, vgl. Präsident des Areopag 40/1959 NoB 8, 937; Areopag 117/1959 NoB 2, 558.

diesem "anderen Vertrag" sein. Nur vereinzelt wurde die Ansicht vertreten, der gegenseitige VV sei bereits der HV³¹⁴). Dennoch verkennen beide Auffassungen, daß jede Erscheinungsform des VV eine verschiedene Funktion innerhalb des Vertragssystems hat, Rechtsnatur und Verhältnis zum HV sind daher nicht immer die gleichen³¹⁵).

2. Die typischen VV des griechischen Rechts lassen sich folgendermaßen klassifizieren:

a) VV zu einem Grundstückskauf: Hierbei richtet sich der Parteiwillen auf Abschluß zweier "Hauptverträge"³¹⁶): des schuldrechtlichen Kaufs nach Art. 513 grZGB und des dinglichen Rechtsgeschäfts nach Art. 1033 grZGB³¹⁷). Geschuldet wird also nicht nur die Mitwirkung beim Abschluß des HV, sondern auch das Grundstück selbst. Daraus folgt, daß die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts sowie die besonderen Bestimmungen des Kaufrechts auf den KaufVV Anwendung finden³¹⁸). Andererseits ist die Konsenserteilung zum HV unentbehrlich, da die Eigentumsübertragung erst mit dem Abschluß und der Transkription des endgültigen Vertrages erfolgt. Da im endgültigen Kaufvertrag Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft in der Praxis immer zusammenfallen³¹⁹),

314) TRIANDAPHYLOPOULOS, Dikaiosynē 8 (1930), S. 42; BOSDAS, S. 155.

315) Meistens hat allerdings die Rechtsprechung die betreffenden VV ihrer speziellen Deutung nach behandelt. Daher sind der Selbständigkeitssatz sowie die Hervorhebung der Verpflichtung zum "contrahere" gegenüber der Verpflichtung zur Sachleistung ohne Belang.

316) Zum parallelen Fall des Optionsvertrages vgl. GEORGIADIS, aaO, S. 123 ff.

317) Ein VV zum Abschluß nur des obligatorischen Kaufvertrages kommt für die Praxis nicht in Frage; das wäre nur eine theoretische Konstruktion.

318) So auch die Rechtsprechung s.o. III 2, IV 5, 6, 7.

319) Die Gründe für diese Praxis wurden oben I 2 D kurz dargestellt. Hier sei nur noch erwähnt, daß das legislatorisch mögliche "isolierte" Verpflichtungsgeschäft kaum vorkommt. Daher ist es nicht verwunderlich, wenn der ehemalige Vorsitzende des Areopag KAFKAS in seinem Kommentar den einheitlichen Kauf für den einzig möglichen gehalten hat (Kommentar zum Schr, 2. Aufl. 1950, Art. 513, Bemerkg. 3 c).

hat der VV die Funktion des isolierten Verpflichtungsgeschäftes. Ist der HV abschlußreif, so hängt die Erzwingung der Abschlußpflicht vom Stand des Prozeßrechts ab³²⁰⁾. Üblicherweise bevollmächtigt der Verkäufer den Käufer, den endgültigen Vertrag durch Insichgeschäft zustande zu bringen. Hier handelt es sich um eine Art "Selbsthilfe", die alle Vor- und Nachteile einer Selbsthilfe aufweist³²¹⁾.

Ein VV zu einem Grundstückskauf wird meistens aus folgenden Gründen abgeschlossen:

aa) wenn die Parteien keinen Barkauf abschließen wollen oder können, kommt ein VV in Frage, der die Funktion des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt hat. Äquivalent ist allerdings ein endgültiger Kaufvertrag unter der Bedingung der vertragsmäßigen Abzahlung des Kaufpreises³²²⁾.

Im griechischen Transkriptionssystem hat jedoch der bedingte Immobilienkauf den Nachteil, daß man nicht wissen kann, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht³²³⁾. Deshalb hat der formularmäßige VV in bestimmten Branchen des Immobilienkaufs den ebenfalls formularmäßigen auflösend bedingten Kaufvertrag ersetzt³²⁴⁾.

bb) Haben sich die Parteien über den Kauf eines Grundstückes geeinigt, möchte aber der Käufer die "Eigentumstitel" des Verkäufers prüfen, so können beide einen VV des Inhalts abschließen, daß der schon festgelegte (einheitliche) Kaufvertrag nach Prüfung der Eigentumstitel abgeschlossen werden soll³²⁵⁾.

320) dazu unten 3.

321) Vgl. oben IV 2. Der Bevollmächtigte entscheidet selbst, ob die Voraussetzung für den Abschluß des endgültigen Vertrages vorliegen.

322) Bei aufschiebender Bedingung geht das Eigentum erst mit Eintritt der Bedingung über; bei auflösender Bedingung wird der Käufer mit der Transkription des bedingten Vertrages Eigentümer, das Eigentum fällt aber an den Verkäufer zurück, wenn der Käufer den Kaufpreis nicht fristgemäß abbezahlt hat.

323) Vgl. § 925 II BGB.

324) "Individuelle" Kaufverträge unter der auflösenden Bedingung der Abzahlung des Kaufpreises gibt es natürlich immer noch.

325) Die Prüfung, ob der Verkäufer Eigentümer des Grundstücks ist, oder ob das Grundstück belastet ist,

cc) Ist eine gerichtliche Erlaubnis für die Veräußerung eines Grundstückes (etwa eines Dotalgrundstückes, Art. 1417 grZGB) erforderlich, so wird oft ein VV des Inhalts abgeschlossen, daß der schon fixierte Kaufvertrag nach Erteilung der Erlaubnis gezeichnet werden soll³²⁶⁾. Der Käufer kann keine Drittwiderspruchsklage erheben, wenn das Gericht die Erlaubnis nicht erteilt³²⁷⁾.

dd) Der KaufVV kommt schließlich in Frage, wenn die Veräußerung eines Grundstückes nach den Bestimmungen der Agrar- oder sonstigen³²⁸⁾ Gesetze verboten ist. In einem solchen (zulässigen) VV vereinbaren die Parteien, daß der endgültige Vertrag nach Aufhebung des Verbotes abgeschlossen werden soll³²⁹⁾.

b) Dem VV begegnet man auch im Rechtsverkehr mit Kraftfahrzeugen, insbesondere denjenigen mit "Zulassung für den öffentlichen Gebrauch". Für solche Kraftfahrzeuge gelten besondere Gesetze, die sie sehr abweichend von den Vorschriften des grZGB über bewegliche Sachen behandeln³³⁰⁾. Auch hier hat der VV die Funktion des rein schuldrechtlichen Vertrages, der zum Abschluß eines Verfügungsgeschäftes nach Erfüllung der erforderlichen Voraussetzungen verpflichtet.

c) Ferner gibt es VV zu Verträgen, die nach der Formulierung bereitet oft viele Schwierigkeiten, da es keinen Kataster gibt; daher werden die Grundstücke in den Erwerbsurkunden nach oft unsicheren Merkmalen beschrieben.

326) Manchmal ist der VV insofern notwendig, als zum Beweis der Voraussetzung, daß die Veräußerung "offenkundig vorteilhaft" ist, ein bestimmter Käufer bereit sein muß, das Grundstück zu einem bestimmten Preis zu kaufen. Denkbar aber nicht gebräuchlich ist auch ein einseitiges Kaufangebot.

327) Areopag 288/1968 NoB 16, 822.

328) Wie etwa das Gesetz 1366/1938 Art. 1-3, 8 betr. die Rechtsgeschäfte über Grundstücke auf Grenzgebiet.

329) Vgl. DIATSIDIS, EEN 35, 181.

330) Z.B. notarielle Form der Übertragung, Eintragung in Kraftfahrzeugbücher mit weitgehend konstitutiven Wirkungen, Ausschluß der Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers usw.

des Gesetzes oder nach den Vorstellungen der Parteien Verfügungsgeschäfte sind. Hierzu gehören die Mitgiftbestellung, die Teilung einer Rechtsgemeinschaft an einem Grundstück und u.U. der Vergleich oder die Schenkung eines Grundstückes.

Mit dem Vertrag, der eine Mitgiftbestellung zum Gegenstand hat, verfügt der Besteller unmittelbar über das Totalgrundstück, während der VV nur eine Verpflichtung zu dieser Verfügung darstellt³³¹⁾.

Der RV über die Teilung eines Grundstücks durch die Miteigentümer führt mit der Transkription die sachenrechtliche Änderung herbei. Dagegen verpflichten sich die Miteigentümer im VV, den endgültigen Teilungsvertrag nach Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abzuschließen.

Abgesehen von dem alten Streit, ob der Vergleich ein Verpflichtungs- oder ein Verfügungsgeschäft ist³³²⁾, hat der VV zu einem Vergleich die Funktion des obligatorischen Vertrages, der zum Abschluß des endgültigen Vergleichs verpflichtet.

Obwohl das grZGB die Schenkung als einen obligatorischen Vertrag regelt, fallen in der Praxis Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zusammen. Der VV hat dann die Bedeutung des rein obligatorischen Vertrags³³³⁾.

d) Nach der modernen Auffassung können die Parteien aufgrund der Vertragsfreiheit ein Konsensualdarlehen abschließen. Damit fällt für die meisten Fälle die Konstruktion eines VV zu einem Darlehensvertrag weg.

e) Ein VV zu einem Mietvertrag kommt im griechischen Recht meistens dann in Frage, wenn beim Neubau auf einem Grundstück der alte Mieter seine Wiedereinsetzung sichern will. Punkte des endgültigen Vertrages, wie z.B. der Mietzins, werden oft im VV nicht geregelt, müssen allerdings bestimmbar

331) Vgl. Areopag 755/1958 NoB 7, 392.

332) Vgl. ZEPOS, SchR II, S. 569 ff.; RAMMOS in ERMAK Art. 871.

333) Nach Art. 498 grZGB ist der ganze Schenkungsvertrag formbedürftig.

sein³³⁴⁾.

3. Die Durchsetzung des Anspruchs auf Abschluß des endgültigen Vertrags regelt das Prozeßrecht. Nach Art. 882 II 2 grZPO galt der ganze HV als abgeschlossen, sobald das Urteil über die "Vornahme des Rechtsgeschäftes" rechtskräftig wurde³³⁵⁾. Heute spricht Art. 1011 grZPGB von einer Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung. Die Verfasser des grZPGB haben bewußt eine neue Regelung eingeführt. Danach muß der Käufer die fingierte Willenserklärung des Verkäufers notariell annehmen³³⁶⁾. Diese Regelung macht aber ohne ersichtliche Gründe die Durchsetzung des Anspruchs des VV-Käufers komplizierter und teurer³³⁷⁾. Angesichts der besonderen Funktion des VV im griechischen Recht wäre eine Vorschrift nach dem Vorbild von Art. 2932

334) Instruktiv der Fall in Berufungsgericht Athen 527/1967 EEN 34, 534: Der VV betraf Ladenräume. Vereinbart wurde, daß der alte Mieter einen Neubauladen bekommen solle. Im einzelnen war der Laden nach allgemeinen Merkmalen bestimmt, die Mietzeit auf zwei Jahre festgelegt, Mietzins und sonstige Bedingungen sollten nach den Bedingungen der entsprechenden Mietläden bestimmt werden. Das Gericht hielt die Vereinbarung für zureichend bestimmt.

335) In den üblichen Fällen des VV zu einem Grundstückskauf konnte eine Ausfertigung des Urteils transkribiert werden, und damit wurde der Kläger Eigentümer des Grundstücks; vgl. oben

336) Protokolle der Redaktionskommission Band VI (1959) S. 22 ff., 140 ff.

337) Die Rechtspraxis scheint sich noch nicht mit der neuen Regelung vertraut gemacht zu haben. Bei einigen ausgewerteten neuen Formularen fehlt der frühere Nachweis auf die entsprechende prozeßrechtliche Vorschrift. In einer neuen Entscheidung des Berufungsgerichtes Thessaloniki (103/1970 NoB 18, 580) steht, es sei nur die Transkription des rechtskräftigen Urteils über die "Vornahme eines Rechtsgeschäftes" (immer noch!) nach dessen "Annahme" erforderlich. Offensichtlich handelt es sich hier nicht um die Annahme nach den Regeln des Vertragsschlusses, sondern um eine "Anerkenntnis" im Sinne von Art. 311 grZPGB. Eine solche Anerkenntnis kann auch konkludent erfolgen. (RAMMOS, Grundriß I, S. 16) Braucht man also nicht die fingierte Willenserklärung notariell anzunehmen und die Annahmeerkunde transkribieren zu lassen?

des italienischen Codice Civile richtiger³³⁸⁾.

4. Nach allgemeiner Meinung wird ein VV dann abgeschlossen, wenn sich die Parteien binden wollen, aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen aber den endgültigen Vertrag noch nicht abschließen können³³⁹⁾. Diese Gründe sind nur dann rechts-erheblich, wenn sie im VV aufgenommen worden sind³⁴⁰⁾. In der Tat hängt der Abschluß des HV immer vom Eintritt von "Bedingungen" ab, die beim Abschluß des VV noch nicht vor-
lagen. Solche Bedingungen sind etwa die (vertragsmäßige) Abzahlung des Kaufpreises, die Erteilung einer gerichtlichen Erlaubnis oder die Aufhebung eines gesetzlichen Ver-
äußerungsverbots, also künftige und ungewisse Umstände. Bedeutet das, daß der VV ein bedingter Vertrag ist?

Nach Art. 201 grZGB tritt die Wirkung eines Rechtsge-
schäfts bei aufschiebender Bedingung mit Bedingungseintritt ein. Beim VV sollte hiernach der HV mit Bedingungseintritt zustandekommen. Doch kommt der endgültige Vertrag nicht mit Erfüllung der vereinbarten Voraussetzungen zustande, sondern er wird bloß "abschlußreif". Der VV-Gläubiger hat dann einen Anspruch auf dessen Abschluß. Somit ist der VV kein be-
dingtes Geschäft im Sinne von Art. 201 ff grZGB³⁴¹⁾. Er hat aber die Funktion des bedingten Geschäfts. Denn der VV regelt auf eine besondere Weise die Tatbestandswirkungen bei Tatbestandsteilung. Was die Wirkung vor "Bedingungs-
eintritt" betrifft, kann es grundsätzlich keine Ungewißheit geben: der Vertrag, dessen Wirkung hinausgeschoben werden soll, existiert vor Bedingungseintritt überhaupt nicht; er kommt auch nicht mit Bedingungseintritt automatisch zustande, sondern er wird erst danach abgeschlossen. Bis dann be-
stimmt der VV die Rechtsstellung des Berechtigten³⁴²⁾.

338) Bei der Diskussion in der Redaktionskommission wurde zwar diese Bestimmung erwähnt (Protokoll ebda.), man hat jedoch nicht für die Einführung einer entsprechen-
den Vorschrift plädiert.

339) Vgl. RAMMOS in ERMAK Art. 166 Rdnr. 4.

340) Sonst sind sie bloße Beweggründe.

341) Vgl. §§ 158 ff BGB.

342) Die üblichen VV zu einem Kaufvertrag bestimmen z.B., wer bis zum Abschluß des HV die Sache besitzen soll, oder ob die Rechte und Pflichten aus dem VV übertragbar

sein³³⁴⁾.

3. Die Durchsetzung des Anspruchs auf Abschluß des endgültigen Vertrags regelt das Prozeßrecht. Nach Art. 882 II 2 grZPO galt der ganze HV als abgeschlossen, sobald das Urteil über die "Vornahme des Rechtsgeschäftes" rechtskräftig wurde³³⁵⁾. Heute spricht Art. 1011 grZPGB von einer Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung. Die Verfasser des grZPGB haben bewußt eine neue Regelung eingeführt. Danach muß der Käufer die fingierte Willenserklärung des Verkäufers notariell annehmen³³⁶⁾. Diese Regelung macht aber ohne ersichtliche Gründe die Durchsetzung des Anspruchs des VV-Käufers komplizierter und teurer³³⁷⁾. Angesichts der besonderen Funktion des VV im griechischen Recht wäre eine Vorschrift nach dem Vorbild von Art. 2932

334) Instrukтив der Fall in Berufungsgericht Athen 527/1967 EEN 34, 534: Der VV betraf Ladenräume. Vereinbart wurde, daß der alte Mieter einen Neubauladen bekommen solle. Im einzelnen war der Laden nach allgemeinen Merkmalen bestimmt, die Mietzeit auf zwei Jahre festgelegt, Mietzins und sonstige Bedingungen sollten nach den Bedingungen der entsprechenden Mietläden bestimmt werden. Das Gericht hielt die Vereinbarung für zureichend bestimmt.

335) In den üblichen Fällen des VV zu einem Grundstückskauf konnte eine Ausfertigung des Urteils transkribiert werden, und damit wurde der Kläger Eigentümer des Grundstücks; vgl. oben

336) Protokolle der Redaktionskommission Band VI (1959) S. 22 ff., 140 ff.

337) Die Rechtspraxis scheint sich noch nicht mit der neuen Regelung vertraut gemacht zu haben. Bei einigen ausgewerteten neuen Formularen fehlt der frühere Nachweis auf die entsprechende prozeßrechtliche Vorschrift. In einer neuen Entscheidung des Berufungsgerichtes Thessaloniki (103/1970 NoB 18, 580) steht, es sei nur die Transkription des rechtskräftigen Urteils über die "Vornahme eines Rechtsgeschäftes" (immer noch!) nach dessen "Annahme" erforderlich. Offensichtlich handelt es sich hier nicht um die Annahme nach den Regeln des Vertragsschlusses, sondern um eine "Anerkenntnis" im Sinne von Art. 311 grZPGB. Eine solche Anerkenntnis kann auch konkludent erfolgen. (RAMMOS, Grundriß I, S. 16) Braucht man also nicht die fingierte Willenserklärung notariell anzunehmen und die Annahmeerkunde transkribieren zu lassen?

des italienischen Codice Civile richtiger³³⁸⁾.

4. Nach allgemeiner Meinung wird ein VV dann abgeschlossen, wenn sich die Parteien binden wollen, aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen aber den endgültigen Vertrag noch nicht abschließen können³³⁹⁾. Diese Gründe sind nur dann rechts-erheblich, wenn sie im VV aufgenommen worden sind³⁴⁰⁾. In der Tat hängt der Abschluß des HV immer vom Eintritt von "Bedingungen" ab, die beim Abschluß des VV noch nicht vorlagen. Solche Bedingungen sind etwa die (vertragsmäßige) Abzahlung des Kaufpreises, die Erteilung einer gerichtlichen Erlaubnis oder die Aufhebung eines gesetzlichen Veräußerungsverbots, also künftige und ungewisse Umstände. Bedeutet das, daß der VV ein bedingter Vertrag ist?

Nach Art. 201 grZGB tritt die Wirkung eines Rechtsgeschäfts bei aufschiebender Bedingung mit Bedingungseintritt ein. Beim VV sollte hiernach der HV mit Bedingungseintritt zustandekommen. Doch kommt der endgültige Vertrag nicht mit Erfüllung der vereinbarten Voraussetzungen zustande, sondern er wird bloß "abschlußreif". Der VV-Gläubiger hat dann einen Anspruch auf dessen Abschluß. Somit ist der VV kein bedingtes Geschäft im Sinne von Art. 201 ff grZGB³⁴¹⁾. Er hat aber die Funktion des bedingten Geschäfts. Denn der VV regelt auf eine besondere Weise die Tatbestandswirkungen bei Tatbestandsteilung. Was die Wirkung vor "Bedingungseintritt" betrifft, kann es grundsätzlich keine Ungewißheit geben: der Vertrag, dessen Wirkung hinausgeschoben werden soll, existiert vor Bedingungseintritt überhaupt nicht; er kommt auch nicht mit Bedingungseintritt automatisch zustande, sondern er wird erst danach abgeschlossen. Bis dann bestimmt der VV die Rechtsstellung des Berechtigten³⁴²⁾.

³³⁸⁾ Bei der Diskussion in der Redaktionskommission wurde zwar diese Bestimmung erwähnt (Protokoll ebda.), man hat jedoch nicht für die Einführung einer entsprechenden Vorschrift plädiert.

³³⁹⁾ Vgl. RAMMOS in ERMAK Art. 166 Rdnr. 4.

³⁴⁰⁾ Sonst sind sie bloße Beweggründe.

³⁴¹⁾ Vgl. §§ 158 ff BGB.

³⁴²⁾ Die üblichen VV zu einem Kaufvertrag bestimmen z.B., wer bis zum Abschluß des HV die Sache besitzen soll, oder ob die Rechte und Pflichten aus dem VV übertragbar

Das Problem, wie sich bei bedingtem Geschäft das "Erwerbsrecht" zum "Vollrecht" verwandelt, soll der VV umgehen: Mit Bedingungseintritt findet keine Verwandlung "automatisch" statt, sondern das in Aussicht genommene Recht entsteht erst mit dem Abschluß des HV. Die Zäsur zwischen den Wirkungen des VV und jenen des endgültigen Vertrags zeigt sich vor allem in der Auffassung der h.M., daß die Nichtigkeit des VV keinen Einfluß auf den gültig abgeschlossenen HV hat³⁴³). Als Begründung wird im Schrifttum vorgebracht, der VV sei für den Abschluß des endgültigen Vertrages nicht "notwendig"³⁴⁴), während die Rechtsprechung sich auf die "Selbständigkeit" des VV beruft³⁴⁵). Ist der endgültige Vertrag aber in Wirklichkeit immer vom vorangegangenen VV "abstrakt"? Die Praxis gibt keine einheitliche Antwort. In den Formularen der endgültigen Kaufverträge findet sich keine vorgedruckte Bezugnahme auf den VV³⁴⁶). Trotzdem wird in mehreren Kaufverträgen ausdrücklich erwähnt, daß sie aufgrund des VV abgeschlossen wurden³⁴⁷). In solchen Fällen haben die Parteien den HV in Erfüllung des VV abgeschlossen; der VV ist als causa zum Vertragsinhalt gemacht.

Wurde der vorangegangene VV jedoch im HV nicht erwähnt, so bedeutet das nicht ohne weiteres, daß der HV unabhängig von dessen Wirksamkeit ist. Vielmehr soll die gesamte Regelung des Causa-Problems im grZGB berücksichtigt werden. Abstrakte und kausale Rechtsgeschäfte sind im grZGB grund-

sind. Sollten ausdrückliche Bestimmungen fehlen, dann gelten die allgemeinen Regeln. Der VV-Käufer hat kein Recht zum Besitz (vgl. oben IV 4), Rechte und Pflichten aus dem VV sind jedoch grundsätzlich übertragbar (vgl. oben IV 10). Kann die Rechtsstellung des Berechtigten als "Anwartschaft" bezeichnet werden? Die Frage ist unerörtert. Dazu s. unten § 6.

343) RAMMOS, in ERMAK Art. 166 Rdnr. 20; TOUSIS; AllgT S. 483; LG Thessaloniki 3481/1957 Armen 14, 621; vgl. oben II 1 D.

344) So TOUSIS, ebenda.

345) So LG Thessaloniki, ebenda.

346) Es handelt sich natürlich um Formulare aus Branchen des Immobilienkaufs, bei denen der Verkauf hauptsächlich durch einen VV eingeleitet wird.

347) Vgl. oben I 3 C Bemerkung. Die Frage hat auch steuerrechtliche Aspekte; vgl. oben I 2 B a.

sätzlich nach dem Vorbild des deutschen BGB gestaltet³⁴⁸⁾. Eine wichtige Abweichung findet sich in Art. 1033 (vgl. auch 1121, 1143, 1191) grZGB: die Grundstücksübereignung sowie die Bestellung eines dinglichen Rechtes an einem Grundstück sind kausal^{348a)}. Da sich die Parteien üblicherweise im VV den Abschluß eines einheitlichen Kaufvertrags - also auch des Übereignungsvertrages - versprechen, kann die eine Partei ihre Leistung kondizieren, wenn der HV aufgrund eines nichtigen VV abgeschlossen wurde³⁴⁹⁾. Die Frage hat nichts mit der "Selbständigkeit" des VV zu tun; er bleibt auch dann selbständig, wenn er als causa des endgültigen Vertrags bestimmt wurde. Zu erwägen ist noch das Argument von TOUSIS³⁵⁰⁾. Gewiß brauchen die Parteien ihre Verträge nicht mit einem VV einzuleiten. Wir haben aber gesehen, daß der VV meistens die Funktion des Verpflichtungsgeschäfts zu einem Vertrag hat, der nach seiner gesetzlichen Gestaltung (z.B. Mitgiftbestellung) oder nach der Vorstellung des Rechtsverkehrs (z.B. "einheitlicher" Grundstückskauf) typischerweise eine Verfügung enthält³⁵¹⁾. Dabei ist der VV keine überflüssige Besonderheit eines "törichten" Parteiwillens³⁵²⁾, der kraft der Vertragsfreiheit respektiert werden muß, sondern er erfüllt, besonders im Bereich des Kaufrechtes, konkrete praktische Zwecke, die sonst umständlicher oder überhaupt nicht zu erreichen wären.

348) Vgl. BALIS, AllgT, § 34.

348a) BALIS, ebenda.

349) Art. 904 grZGB (ungerechtfertigte Berechtigung. Aus dem gleichen Grund braucht man auch nicht zu prüfen, ob der VV als solcher einen Rechtsgrund im Sinne des Art. 904 grZGB darstellt. Die Parteien haben im VV direkt die Verpflichtung übernommen, das dingliche Rechtsgeschäft vorzunehmen.

350) Oben Anm. 344.

351) Anders steht es mit dem MietVV. Zur Bedeutung des VV bei Dauerverhältnissen siehe unten § 6.

352) Vgl. BLOMEYER, SchR, § 20 III 3, S. 99.

avec promesse de vente" ist allerdings von der "location-vente" zu unterscheiden¹²⁾.

Betont wird der vertragliche Charakter der promesse unilatérale de vente; sie ist keine bloße Vertragsofferte¹³⁾.

Bis zur Ausübung der "Option" bleibt der Verpflichtete Eigentümer der Sache. Die Veräußerung der Sache an einen Dritten ist daher wirksam, macht aber den Verpflichteten schadensersatzpflichtig. Die Rechtssprechung hat allerdings dem Berechtigten das Recht zuerkannt, die Nichtigkeit des zweiten Kaufs vor Gericht zu beanspruchen, wenn der Dritte von der Verpflichtung gewußt hatte¹⁴⁾.

Zur Sicherung der "Realisierung" der promesse de vente wird in der Praxis häufig die Schuld einer im voraus festgesetzten "indemnité" vereinbart, für welche eine Hypothek am versprochenen Grundstück bestellt wird¹⁵⁾. Dem Berechtigten steht es frei, ob er sein Optionsrecht ausübt oder nicht; der Verpflichtete hat gegen ihn keinen Anspruch auf Abschluß des endgültigen Vertrags. Allerdings vereinbaren oft die Parteien, daß der Berechtigte eine bestimmte Geldsumme an den Verpflichteten zahlen muß, wenn er seine Option nicht ausübt¹⁶⁾.

Mit der Ausübung der Option kommt der Kaufvertrag ohne Zu-

12) Trotz der klaren begrifflichen Differenzierung ist die Abgrenzung manchmal schwierig, vgl. DALLOZ, Répertoire de droit civil, 1970, S. 549 No 76.

13) MAZEAUD, III, No 792 (S. 648 f), II, No 135, 2 (S. 112 f), wo auch über die verschiedenen Wirkungen beider Konstruktionen.

14) Cass. 10.4.1948, D. 1948, J. 421. Der Richter entscheidet allerdings nach freiem Ermessen, ob er Schadenersatz gewährt oder ob er der action en nullité stattgibt, Cass. 12.6.1954, Sem. jur. 1954, II, 8225; vgl. MAZEAUD, II, No 776 (S. 652), RIPERT-BOULANGER, III, No 1376 (S. 465).

15) Vgl. LA FORMATION, S. 153.

16) Sog. "dedit"; nach einer Schwankung der Rechtssprechung hat der Kassationshof die Zulässigkeit einer solchen Klausel anerkannt, Cass. 23.6.1958, D. 1958, J. 581, vgl. MAZEAUD, III, No 797 (S. 652).

tun des Verkäufers zustande¹⁷⁾. Weigert sich der Verkäufer die Sache zu liefern, so kann der Käufer deren Herausgabe verlangen¹⁸⁾. Beim Grundstückskauf wird der Verkäufer in der Praxis verurteilt, den endgültigen Kaufvertrag zu "zeichnen", und, wenn er es nicht tut, dann tritt das Urteil an der Stelle des Vertrags¹⁹⁾.

Für die inhaltliche Bestimmtheit der promesse de vente gilt der gleiche Grundsatz wie bei der vente: Preis und Sache müssen bestimmt sein²⁰⁾.

Die Form der promesse de vente regelt eine Novelle vom 19.12.1963²¹⁾: die promesse unilatérale de vente über ein Grundstück oder ein dingliches Recht am Grundstück sowie über einige andere Gegenstände ist nichtig (nulle), wenn sie nicht in einem "acte authentique" abgefaßt ist, oder wenn sie bei privatschriftlicher Form nicht innerhalb von zehn Tagen nach der "acceptation" seitens des Berechtigten in das einschlägige Registerbuch eingetragen wird.

b) Seltener ist die promesse d'achat, bei der sich der Käufer verpflichtet, eine Sache zu fixierten Bedingungen zu kaufen²²⁾.

c) Promesse de louage de chose, promesse de louage de services (anders: promesse unilatérale de contrat de travail). Im ersten Fall verpflichtet sich der Eigentümer, die Sache unter bestimmten Bedingungen an den Berechtigten zu vermieten²³⁾. Über eine promesse de contrat de travail hatte der Kassationshof²⁴⁾ zu entscheiden: der Arbeitgeber hatte

17) "Lorsque le bénéficiaire declare vouloir réaliser la promesse ... le contrat est conclu", RIPERT-BOULANGER, II, No 347 (S. 138/139).

18) RIPERT-BOULANGER, III, No 1377 (S. 466).

19) RIPERT-BOULANGER, ebenda; PLANIOL-RIPERT (-HAMEL), X, S. 215.

20) MAZEAUD, III, No 789 (S. 647). Möglich ist die Bestimmung des Kaufpreises nach einer Berechnungsklausel (clause d'échelle, prix indexé). Zur Zulässigkeit von solchen Klauseln vgl. MAZEAUD, III, No 1001 (S. 824).

21) DALLOZ, Repertoire, 1970, S. 548.

22) PLANIOL-RIPERT (-HAMEL), X, No 183; COLIN-CAPITANT, II, No 514.

23) PLANIOL-RIPERT (-HAMEL), X, No 426.

sich zur Wiedereinstellung von Arbeitnehmern verpflichtet. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung konnte er nicht gezwungen werden (Art. 1142 Cod.Civ.); bei Weigerung mußte er jedoch Schadensersatz bezahlen.

d) Promesse unilatérale de société. Aus der Rechtssprechung werden folgende Beispiele erwähnt:

Ein Schwiegervater hatte sich verpflichtet, sein Schwiegersohn auf dessen Verlangen in seine Gesellschaft als Kommanditist für eine Summe in Höhe der Mitgift aufzunehmen²⁵⁾. In einem anderen Fall hatte jemand bei Gewährung eines Darlehens mit dem Schuldner vereinbart, daß er statt der Rückzahlung des Darlehens die Umwandlung der Darlehenssumme in einen Kommanditanteil der in Aussicht genommenen Kommanditgesellschaft verlangen kann²⁶⁾.

e) Promesse de contrat solennel. Der Code civil kennt wenige Ausnahmen des Prinzips der Formfreiheit (Art. 1134): der Ehevertrag (Art. 1324), die Hypothekenbestellung (Art. 2127) und die Schenkung (Art. 931) bedürfen zu ihrer Gültigkeit der notariellen Beurkundung. Ein Grundsatz des Inhalts "les promesses de contrats solennels sont nulles"²⁷⁾ gilt aber nicht in dieser Allgemeinheit. Vielmehr stellt man auf den Zweck der Formvorschrift ab²⁸⁾. Die Rechtssprechung hat hiernach eine formlose Verpflichtung zur Bestellung einer Hypothek als rechtsverbindlich anerkannt²⁹⁾; dagegen ist die formlose promesse de donation ungültig³⁰⁾.

24) Cass. 16.11.1927, D. P. 1928, I, 33.

25) Req. 19.2.1907, D. I, 557.

26) Paris 29.6.1932, D. P. 1934, 2, 129 mit Anm. PIC. Anders als bei der promesse synallagmatique de société spielt hier die Weigerung des Darlehensnehmers keine Rolle; die Gesellschaft kommt mit der Ausübung der Option zustande. Ist ihr Betrieb aber infolge dieser Weigerung unmöglich, so ist die Gesellschaft aufzulösen.

27) MAZEAUD, II, No 83 (S. 68).

28) PLANIOL-RIPERT (-ESMEIN), VI, No 149; COLIN-CAPITANT, II, No 608; RIPERT-BOULANGER, II, No 68 (S. 37).

29) Paris 24.1.1928, D. P. 1928, S. 277; Cass. req. 5.11.1860, D. P. 1861, I, 301. In der Lehre ist die Frage umstritten, vgl. HENRICH, S. 150, Anm. 13.

30) Douai 13.11.1894, D. P. 1895, II, 418.

f) Promesse de contrat réel. Das Darlehen, die Pfandbestellung und die Verwahrung sind im Code civil als Realverträge geregelt³¹⁾. Dementsprechend wird das Konsensualdarlehen als avant-contrat (promesse de prêt) konstruiert³²⁾.

B. Zweiseitig verpflichtende Verträge

Umstritten ist die Frage, ob die Gleichsetzung der promesse synallagmatique de vente mit der vente in Art. 1589 Code civ. eine Sonderregelung darstellt³³⁾, oder ob sie ein allgemeines Prinzip des französischen Rechts ist, das für alle promesses synallagmatiques (ou bilatérales) de contrat gilt³⁴⁾. Im einzelnen werden folgende Lösungen gegeben:

a) Kaufrecht. Nach dem Recht des Code civil bedarf der Kaufvertrag grundsätzlich keiner Form (Art. 1583). Ist aber für seine Vollwirksamkeit die Wahrung einer Form oder eine behördliche Genehmigung erforderlich, so fragt sich, ob die Parteien sich vor der Erfüllung einer "Formalität" rechtlich binden können, und welche Wirkungen eine solche Vereinbarung haben würde. In der Lehre spricht man von "conventions retardant la formation de la vente jusqu' à l'accomplissement d'une formalité"³⁵⁾. Die Praxis nennt diese Verträge "compromis"³⁶⁾. Unter einem "compromis" versteht man den privatschriftlichen Vertrag, durch den sich beide Parteien verpflichten, unter bestimmten Voraussetzungen einen notariellen Kaufvertrag abzuschließen³⁷⁾. Der "compromis" bietet zwei Auslegungsmöglichkeiten³⁸⁾:

31) MAZEAUD, II, 1, No 83 (S. 68).

32) MAZEAUD, ebenda; SOLIN-CAPITANT, II, S. 338.

33) Diese Meinung wird vornehmlich im Gesellschaftsrecht vertreten, wo die promesse synallagmatique de société sich von der société unterscheidet; vgl. ESCARRA-RAULT, Traité de droit commercial, II, 1 (1950), S. 109, Ripert, Traité élémentaire de droit commercial (4. Aufl. 1959), S. 334.

34) BOYER, a. a. O., S. 4: "Toute promesse bilatérale de contrat équivaut au contrat même". Vgl. ferner DEMOGUE, a. a. O., S. 469.

35) MAZEAUD, III, No 777 (S. 633).

36) Ausführlicher Bericht darüber bei LA FORMATION, S.197ff

37) MAZEAUD, ebenda.

38) MAZEAUD, ebenda.

aa) Er kann ein perfekter Kaufvertrag sein. Die notarielle Beurkundung bezweckt dann nur die Beweissicherung oder sie macht bei Grundstücken die *publicité* (früher: *transcription*) möglich³⁹⁾. Weigert sich eine Partei den Kauf nach den Bestimmungen des *compromis* zu "realisieren", so kann die andere Partei eine Klage auf Verurteilung zum Abschluß des erzielten Vertrags erheben. Das Urteil tritt dann an der Stelle des "*acte de vente*"⁴⁰⁾.

Allerdings wird die Verbindlichkeit des "*compromis*" oft durch verschiedene Klauseln weitgehend gelockert⁴¹⁾.

bb) In anderen Fällen kann der *compromis* ein unverbindliches "*projet*" sein. Im Zweifel wird man sich jedoch für dessen Verbindlichkeit entscheiden⁴²⁾.

Der *compromis* ist eine besondere Form der "*promesse synallagmatique de vente*", für welche nach der h. L. die Regelung des Art. 1589 Code civ. gilt: die *promesse synallagmatique de vendre et d'acheter*⁴³⁾ ist die *Vente selbst*⁴⁴⁾. Trotz dieser Vorschrift hat man vielfach versucht, das Bestehen einer selbständigen, mit dem *vente* nicht identischen *promesse synallagmatique de vente* zu rechtfertigen. Dabei sind folgende Richtungen zu unterscheiden:

Ein Teil der Lehre⁴⁵⁾ meint, Art. 1589 C.c. gebe eine Auslegungsregel; er sei kein zwingendes Recht, sondern abdingbar. Andere lassen Art. 1589 C.c. nur für die unbefri-

39) Nach Art. 4 des Dekrets vom 4.11.1955 kann grundsätzlich nur ein "*Acte authentique*" (notarielle Urkunde, gerichtliches Urteil oder Verwaltungsakt) "publiziert" werden.

40) Toulouse 19.10.1960, D. 1962, J. 96.

41) Vereinbarung einer "*dedit*" (vgl. Cass. 10.1.1961, Bull. civ. 1961, No 27 (S. 22) oder einer *Draufgabe* (*arrha*) mit Rücktrittsvorbehalt. In beiden Fällen wird der Vertrag rückwirkend aufgelöst, vgl. MAZEAUD, ebenda.

42) MAZEAUD, III, No 777 (S. 633).

43) Diese Bezeichnung stammt von MAZEAUD, III, No 785 (S. 645).

44) Vgl. Paris 12.1.1961, Gaz. Pal. 1961, I, 212.

45) COLIN-CAPITANT, II, No 608 (S. 338); MALAURIE, *promesse de vente*, D. Rep. dr. civ. IV 1954, S. 268 (269).

stete und unbedingte promesse de vente gelten⁴⁶⁾. Nach einer ähnlichen Auffassung kann die promesse de vendre et d'acheter die "Modalitäten" einer vente enthalten, denn sie ist eine vente⁴⁷⁾.

Die Gerichte hatten über die Wirkungen von promesse synallagm. de vente zu entscheiden, bei denen die endgültige vente nach Erteilung einer behördlichen Genehmigung abgeschlossen werden sollte. Anfänglich stellte der Kassationshof den Grundsatz auf, eine Vereinbarung vor der Erteilung der Genehmigung sei ein selbständiger Vertrag, den man einer vente nicht gleichsetzen kann⁴⁸⁾. In einer späteren Entscheidung wurde eine promesse syn. de vente als vente qualifiziert, bei der lediglich der Eigentumsübergang bis zur Erteilung der Genehmigung aufgeschoben war⁴⁹⁾. Diese Entscheidungen führen zu verschiedenen Ergebnissen: während im ersten Fall der Käufer bei Weigerung des Verkäufers nur Schadensersatz verlangen kann⁵⁰⁾, wirkt die Erteilung der Genehmigung im zweiten Fall ohne weiteres und ex tunc⁵¹⁾ den Übergang des Eigentums; der Käufer hat dann einen Anspruch auf Herausgabe. Schließlich stellt der Kassationshof in einer dritten Entscheidung auf die Bedeutung der "Klausel" über den künftigen Abschluß der vente ab: entweder haben die Parteien damit den Abschluß des Kaufvertrags als solchen aufschieben wollen (retarder la conclusion de la vente) oder aber nur den

46) RIPERT-BOULANGER, II, No 86 (S. 37).

47) MAZEAUD, III, No 787 (S. 646). Schlüssig ist das Argument dieser Auffassung: "je promesse de vendre" bedeutet eine "vente affectée d'une condition suspensive ou d'un terme suspensif".

48) Cass. 16.6.1943, D. C. 1944, 37 mit Anm. FREJAVILLE; J. C. P. 1944, II, 2576 mit Anm. HEBRAUD. Zur Bedeutung der Entscheidung vgl. auch BLOMEYER, promesse, S. 288.

49) Cass. 24.7.1946, J. C. P. 1946, II, 3301 mit Anm. BECQUE.

50) So FREJAVILLE in seiner Anmerkung, ebenda, mit der Begründung, es handle sich um eine obligation de faire.

51) Rückwirkung der Bedingung nach Art. 1179 C.c.

Eigentumsübergang (retarder le transfert de la propriété)⁵²⁾. Diese Lösung ist als eine Synthese der vorigen Rechtssprechung aufgefaßt worden⁵³⁾.

Das Bedürfnis, eine selbständige promesse de vente statt einer endgültigen vente zu schließen, besteht nicht nur bei genehmigungsbedürftigen Kaufverträgen⁵⁴⁾. Oft greifen die Parteien aus anderen Gründen zu dem sog. compromis⁵⁵⁾. Über die Qualifikation und die Wirkungen von solchen Vereinbarungen ist man sich nicht einig. Als herrschende kann folgende Auffassung bezeichnet werden: Die Vereinbarung über den künftigen Abschluß eines Kaufvertrages ist ein Vertrag unter aufschiebender Bedingung⁵⁶⁾. Hierfür gelten die allgemeinen Regeln: der Verkäufer bleibt bis zum Eintritt der Bedingung Eigentümer der Sache, er kann weiterverkaufen, aber mit Bedingungseintritt wird der Käufer ex tunc Eigentümer⁵⁷⁾. Allerdings können die Parteien vereinbaren, daß der Bedingungseintritt ex nunc wirkt, denn das Prinzip der Rückwirkung ist nicht "d'ordre public"⁵⁸⁾. Ist der beabsichtigte Vertrag nach den Bestimmungen der promesse abschlußreif und weigert sich die andere Partei ihn abzuschließen, so kann der Berechtigte entweder auf Schadensersatz oder auf Verurteilung zum Vertragsschluß klagen⁵⁹⁾.

b) promesse synallagmatique de bail. Nach überwiegend h. M. gilt das beiderseitige Versprechen zum Abschluß eines Mietvertrages in Analogie zu Art. 1859 C.c. als ein endgültiger

52) Cass. 22.12.1954, D. 1955, 713 mit Anm. MALAURIE.

53) So HENRICH, S. 23 f.

54) Angabe der verschiedenen Formalitäten bei LA FORMATION, S. 202.

55) Wenn etwa der Kaufpreis beim Vertragsschluß nicht vollständig bezahlt wird, oder bei eigenen contrats solennels (üblich bei der vente d'un fonds de commerce).

56) So vor allem die Rechtssprechung, z. B. Cass. 21.7.1958, J. C. P. 1958, II, 10-843; vgl. auch MAZEAUD, III, No 787.

57) MAZEAUD, ebenda.

58) Vgl. Cass. ebenda.

59) MAZEAUD, III, No 786 (S. 646). Die Meinung FREJAVILLES (ebenda) hat sich nicht durchsetzen können.

Mietvertrag, wenn die Parteien sich über die erforderlichen Vertragspunkte geeinigt haben⁶⁰⁾. Dagegen begründet die unvollständige promesse synallagmatique de bail überhaupt keine Verpflichtung.

c) promesse synallagmatique de prêt. Da das Darlehen im Art. 1892 C.c. als Realvertrag geregelt wird, nimmt man beim beiderseitigen Versprechen zum Abschluß eines Darlehensvertrags eine rechtsverbindliche promesse synallagmatique de prêt an, welche die Parteien zur Hingabe bzw. zur Abnahme eines Darlehens unter den vereinbarten Bedingungen verpflichtet⁶¹⁾. Bei Nichterfüllung hat der Versprechensempfänger einen Anspruch auf Zahlung der Darlehenssumme⁶²⁾.

d) promesse synallagmatique de société. Lehre und Rechtsprechung haben die Rechtswirksamkeit einer selbständigen promesse synallagmatique de société anerkannt. Sie ist ein Vertrag, durch den die Parteien sich verpflichten, eine Gesellschaft zu vereinbarten Bedingungen zu errichten⁶³⁾. Weigert sich einer der Vertragspartner, den Gesellschaftsvertrag abzuschließen, so hat der andere nur einen Anspruch auf Schadensersatz, denn die promesse synallagmatique de société begründet eine obligation de faire, für die Art. 1142 C.c. gilt⁶⁴⁾. Die Lösung entspricht auch dem persönlichen Charakter des Gesellschaftsvertrags, nachdem das Bestehen der Gesellschaft wider Willen eines Beteiligten nicht gezwungen werden kann⁶⁵⁾.

60) RIPERT-BOULANGER, III, S. 552; COLIN-CAPITANT, II, No 608; weitere Nachweise bei HENRICH, S. 28 Anm. 24.

61) COLIN-CAPITANT, II, No 608 (S. 339).

62) Vgl. PRANIOL-RIPERT (-ESMEIN), III, S. 135. Allerdings wird auch die Meinung vertreten, bei Weigerung sei der Verpflichtete nur schadensersatzpflichtig, Nachweise bei HENRICH, S. 30, Anm. 42.

63) PIC-KREHER, Des sociétés commerciales, I (1940), No 442 (S. 482); ESCARRA, Cours de droit commercial (1952), S. 340; RIPERT, Traité élémentaire, S. 334. Die allgemeine Kodifikation des Gesellschaftsrechts durch das Gesetz vom 24. Juli 1966 hat die Zulässigkeit der promesse de société nicht berührt. Zum neuen Gesetz vgl. MOLIERAC, Manuel des sociétés, I (1969), II (1970).

64) Vgl. vorige Anmerkung.

65) Vgl. Art. 1865 C.c.: "La société finit par la volonté qu'un seul ou plusieurs expériment de n'être plus en société".

3. Zusammenfassung

Die promesse de contrat des französischen Rechts begründet, wie der VV im deutschen Recht, eine Verpflichtung zum Abschluß eines bestimmten Vertrags⁶⁶⁾. Das gilt sowohl für die promesse unilatérale de contrat als auch für die Promesse synallagmatique de contrat⁶⁷⁾. Trotz der Durchsetzung des Durchgriffsgedankens im Kaufrecht⁶⁸⁾ bleibt immer als primäre Verpflichtung aus einer promesse de contrat die Mitwirkung beim Vertragsschluß. Der Durchgriff zeigt sich erst bei Nichterfüllung: der Berechtigte braucht nicht die Mitwirkung des Verpflichteten zu erzwingen. Die promesse synallagmatique de contrat wird grundsätzlich als (bedingter) endgültiger Vertrag behandelt⁶⁹⁾, während bei der promesse unilatérale de contrat der erzielte Vertrag mit der Ausübung der Option zustande kommt. Ein gerichtliches Urteil hat dann die Funktion "... à constater l'existence de la vente déjà formée, à en ordonner l'exécution et à déclarer que faute par le vendeur de passer le contrat, le jugement tiendra lieu d'instrumentum⁷⁰⁾.

Von besonderer Bedeutung für die promesse de contrat ist die Zeitbestimmung (délai). Meistens vereinbaren die Parteien

66) Vgl. auch die Definitionen bei RIPERT-BOULANGER, II: "Conventions qui ont seulement pour objet d'obliger les contractants à passer ultérieurement un contrat (No 86); "... s'oblige à conclure un contrat, dont les conditions sont, dès ce moment, déterminées" (No 337).

67) RIPERT-BOULANGER, III, No 86 (S. 37). Insofern besteht im französischen Recht kein Unterschied zwischen VV und Optionsvertrag im Sinne des deutschen Rechts.

68) Zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Durchgriffs, BLOMEYER, promesse, S. 271-191.

69) Art. 1589 C.c. analog; eine Ausnahme bildet die promesse synallagmatique de société.

70) Req. 18.3.1912, S. 1914, I, 11; Toulouse 19.10.1960, D. 1962, J. 96; MAZEAUD, III, No 777 (S. 633). Zu beachten ist der deklaratorische Charakter des Urteils, das man allerdings für nötig hält, wenn es sich um einen Grundstückskauf handelt: le jugement sera nécessaire pour assurer la transcription de la vente, RIPERT-BOULANGER, III, No 1377 (S. 466).

ausdrücklich, wann oder bis wann der endgültige Vertrag abgeschlossen werden soll. Mit Ablauf des Termins verliert der Berechtigte nicht ohne weiteres seine Rechte; vielmehr entscheidet das Gericht, ob der Termin als "terme fatal" zu betrachten ist⁷¹⁾. Haben die Parteien keinen Termin festgelegt, dann ist eine "stipulation tacite" zu suchen⁷²⁾. Nach der Rechtssprechung gilt beim Fehlen jeder Bestimmung ein *delai raisonnable*⁷³⁾.

Für die inhaltliche Bestimmtheit der *promesse de contrat* gelten die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts. Wenn die Lehre die Festlegung der *éléments essentiels* verlangt⁷⁴⁾, so bedeutet das nicht, daß an die *promesse* weniger Anforderungen zu stellen sind als an den endgültigen Vertrag⁷⁵⁾. Im Gegenteil enthalten die üblichen *promesses de vente* alle Einzelheiten des abzuschließenden Vertrages⁷⁶⁾.

Schließlich enthält der Code civil keine Vorschrift über die Form einer *promesse de contrat*. Lehre und Rechtssprechung unterscheiden zwischen Gültigkeits- und Beweisform⁷⁷⁾; nur im ersten Fall bedarf die *Promesse de contrat* der Form des endgültigen Vertrages⁷⁸⁾. Der moderne Gesetzgeber hat für einige *promesses de vente* bestimmte Formen als Gültigkeits-erfordernis angeordnet⁷⁹⁾.

71) Cass. 16.2.1955, Bull.civ. 1955, 72. Zur Verlängerung vgl. Paris 24. Juni 1964, J. C. P. 1964, IV, 139.

72) MAZEAUD, III, No 795 (S. 657).

73) Bordeaux 29. Juni 1964, R. Gaz. Pal. 1964, 2, 362.

74) RIPERT-BOULANGER, II, No 341 (S. 135).

75) Die *promesse de contrat* muß soweit bestimmt sein, daß das "simple oui" des Berechtigten genügt, um den endgültigen Vertrag zustande zu bringen, vgl. DEMOGUE, a. a. O., No 473, WABNITZ, S. 140.

76) Über gewisse Abweichungen bei der *promesse de société* siehe WABNITZ, S. 142/43.

77) Die Unterscheidung stimmt allerdings nicht vollständig mit jener des deutschen Rechts überein, vgl. ZWIGERT-KÖTZ, Einführung II, S. 45 ff.

78) RIPERT-BOULANGER, III, No 68 (S. 30); weitere Nachweise bei WABNITZ, S. 143 f. und HENRICH, S. 149 f.

79) Vgl. oben 2, Text zur Anm. 21.

führt⁸¹⁾. Diese Maßnahmen konnten aber die rechtliche Funktion der promesse de vente nicht wesentlich ändern: sie bleibt für das moderne französische Recht die Parallele zu dem deutschen (schuldrechtlichen) Kauf⁸²⁾. Die übrigen Erscheinungsformen der promesse de Contrat spielen keine besondere Rolle. Bei den Ausführungen über die promesse de contrat im allgemeinen hat die Lehre immer das Modell der promesse de vente vor Auge, und Versuche⁸³⁾, eine allgemeine VVslehre zu entwickeln, haben keinen nennenswerten Nachhall gefunden.

-
- 31) a) Eine Novelle vom 30. Juli 1930 hat dem ursprünglichen Art. 1859 C.c. zwei neue Absätze über den Parzellenkauf zugefügt. Der Text ist wenig glücklich abgefaßt. Zu seiner möglichen Bedeutung siehe MAZEAUD, III, No. 803 (S. 654), der den Wortlaut als "obscur" bezeichnet. Auf jeden Fall ist es verfehlt, diese Bestimmungen zur Deutung des ursprünglichen Textes heranzuziehen, wie HENRICH es tut (S. 21).
- b) Ferner erkannte die Rechtssprechung ein "Anfechtungsrecht" des anfänglichen Käufers an, wenn der zweite Käufer in Kenntnis der (ersten) promesse de vente war (Cass. 10.4.1948, D. 1948, J. 421).
- c) Bei der Reform des Transkriptionsbuchrechts durch das Dekret vom 4.1.1955 ist die fakultative Eintragung (publication facultative) der promesse de vente eingeführt. Dadurch soll der Käufer gegen einen Zwischenverkauf gesichert werden, denn der Dritte kann nach der publication nicht mehr gutgläubig sein (MAZEAUD, III, No 793, S. 649).
- d) Schließlich erklärt die Novelle vom 19.12.1963 die promesse de vente über Grundstücke und einige andere Gegenstände für nichtig, wenn sie nicht notariell abgefaßt ist, oder wenn sie bei privatschriftlicher Form nicht unverzüglich nach der "acceptation" in das Registerbuch eingetragen wird.
- 82) Vgl. die übliche Wendung in der typisierten promesse de vente; "Les parties reconnaissent que les présents ne sont que des engagements personnels et ne constituent aucun droit réel sur l'immeuble", LA FORMATION, S. 152.
- 83) Vgl. z. B. den Aufsatz BOYERS und die Dissertation von LEDUC, Des avant, contrats, Thèse Paris 1909.

Gültigkeitserfordernis vor, während Art. 2932 C.c. dem Berechtigten aus dem preliminare die Möglichkeit gewährt, ein Urteil zu erwirken, "das die Wirkung des nicht geschlossenen Vertrages erzeugt"⁸⁶⁾.

Hinsichtlich des Begriffs des contratto preliminare sind heute in der Doktrin zwei Grundtendenzen zu erkennen: die eine hält an der über COVIELLO auf DEGENGOLB zurückzuführenden traditionellen Konzeption des preliminare fest⁸⁷⁾; die andere kennzeichnet eine Kritik an den überkommenen Begriff, die auf Grund der neuen Vorschriften geboten erscheint⁸⁸⁾. Neuerdings vertritt ALABISO in seiner reichhaltigen Monographie über den contratto preliminare eine differenzierende Meinung, die er mit einer abstrakten rechtstheoretischen Unterscheidung zwischen volizione preliminare und volizione azione begründet⁸⁹⁾. Die h. L. definiert den contratto preliminare als einen Vertrag, der den Abschluß eines definitiven Vertrags zum Gegenstand hat^{89a)}. Demgegenüber meint ALABISO es gebe keinen Gegenstand des preliminare in abstracto, sondern nur die konkreten Erscheinungsformen⁹⁰⁾. Das Problem hängt mit der Frage zusammen, ob ein contratto preliminare grundsätzlich zu jedem Vertrag zulässig ist, was die Rechtsprechung ausdrücklich bejaht hat⁹¹⁾.

2. Für alle zulässigen Erscheinungsformen des contratto preliminare gelten folgende Regeln:

a) Ein formloser preliminare zu einem formbedürftigen Vertrag ist nichtig (Art. 1351 codice civile). Für die Rechtsvergleichung ist die Bemerkung besonders wichtig, daß nach dem italienischen Recht die privatschriftliche Form grundsätzlich ausreicht (Art. 1350 codice civile). Daher kann ein vollwirksamer privatschriftlicher contratto preliminare zu einem Grundstückskauf des Inhalts abgeschlossen werden, daß der endgültige Vertrag vor Notar erklärt werden soll.

86) Den vollständigen Text s. Anm. 94.

87) Nachweise bei ALABISO, S. 16.

88) Representativ: MONTESANO, Contratto preliminare e sentenza costitutiva (1953), über dessen Ansichten HENRICH, S. 44 ff, ausführlich berichtet.

89) S. 46 ff.

b) Für die inhaltliche Bestimmtheit der contratti preliminari gilt die allgemeine Regel des Art. 1346 codice civ.: der "Vertragsgegenstand" muß bestimmt oder bestimmbar sein. Daraus schließt man, daß die elementi essenziali des definitiven Vertrags im preliminare wenigstens bestimmbar sein müssen, andernfalls bedeutet die Unbestimmtheit die absolute Nichtigkeit des contratto preliminare nach Art. 1418 Abs. 2 codice civ.⁹²⁾ Nach der Rechtssprechung ist ein pactum de ineunda societate gem. Art. 1346, 1418 Abs. 2 cod. civ. absolut nichtig, wenn es keine Bestimmung über die Form der zu errichtenden Gesellschaft enthält⁹³⁾.

c) Ist der definitive Vertrag abschlußreif, so kann der Berechtigte aus dem preliminare bei Weigerung des anderen ein Urteil erwirken, das gem. Art. 2932 codice civ. an die Stelle des abzuschließenden Vertrages tritt und dessen Wirkungen erzeugt⁹⁴⁾. Zu beachten ist hier, daß Art. 2932 C.c. unter zwei Voraussetzungen in Betracht kommt: die

89a) Vgl. etwa MESSINEO, Contratto preliminare, in: Enciclopedia del Diritto, Bd X, S. 174; TAMBURRINO, I, vincoli unilaterali nelle formazione progressiva del contratto (1954), S. 69; so schon COVIELLO, contratto preliminare, in: Enciclopedia giuridica, Bd. III, 3/2 (1902), S. 71.

90) S. 73; vgl. auch S. 55, Anm. 23: il contratto preliminare come concetto generale non ha una propria tipicità.

91) Cass. 29.10.1953 (No 3508) Mass. guir. ital. 1953, 775.

92) TORRENTE-PESCATORE, Komm. zum Cod. civ. (5. Aufl. 1967) Art. 1351, Anm. 1.

93) Cass. 25.5.1963 (No 1371) Foro ital. 1963, I, 1667.

94) Art. 2932 C.c. lautet: (Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto) Se colui che è obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso. Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione, o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile.

Erwirkung eines solchen Urteils muß "möglich" und nicht durch den preliminare selbst ausgeschlossen sein. Insofern kann man Art. 2932 C.c. als abdingbar bezeichnen. Schwierigkeiten bereitet die systematische Erfassung der Vorschrift⁹⁵⁾. Da das Gestaltungsurteil (sentenza costitutiva) gem. 2932 C.c. den definitiven Vertrag ersetzt, stellt sich die Frage nach der Möglichkeit einer Vertragsaufhebung (rescissione) wegen Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung (lesione, Art. 1448, c.c.)⁹⁶⁾ sowie auch die Frage nach der Zulässigkeit einer Vertragsauflösung (risoluzione) wegen Nichterfüllung (in-adequimento) nach Art. 1453 c.c.⁹⁷⁾.

3. Die einzelnen Erscheinungsformen der contratti preliminari

a) Contratto preliminare di compravendita. Diese Erscheinungsform des preliminare spielt für den Rechtsverkehr Italiens eine besondere Rolle, denn Grundstücksveräußerungen werden überwiegend durch contratti preliminari eingeleitet⁹⁸⁾. Nach der Rechtssprechung liegt der Unterschied zwischen vendita und contratto preliminare di compravendita in dem "Inhalt des Parteiwillens": im ersten Fall richtet sich der Parteiwille auf die Übertragung des Eigentums, während diese Übertragung im zweiten Fall "von einer künftigen Erklärung der Übereinkunft" (futura manifestazione di consenso) abhängig gemacht wird, zu deren Abgabe sich die Parteien durch den preliminare verpflichten⁹⁹⁾. Diese Abgrenzung entspricht im

95) Überblick der Meinungen bei ALABISO, S. 194 ff.

96) Wegen der Rechtskraft des Urteils vom Kassationshof abgelehnt, Cass. 21.5.1952 (No 1457) Guir. it. 1953, I, 50.

97) Vom Kassationshof bejaht, Cass. 14.2.1963 (No 324) Giust. civ. Mass. 1963, 151.

98) Vgl. LUTHER, Einführung in das italienische Recht, S. 46.

99) So Cass. 14.2.1966 (No 436), Giust. civ. Mass. 1966, 240; Cass. 14.11.1959 (No 3374) Guist. civ. 1960, I, 22.

deutschen Recht der Unterscheidung zwischen Kaufvertrag und Übereignung. Darum ist die Übersetzung des *preliminare di vendita* mit "Kauf-VV" insofern irreführend, als sie die Annahme nahelegt, der das erste Stadium eines dreistufigen Vorgangs, während er gerade die Funktion des deutschen obligatorischen Kaufvertrages hat.

Wollen die Parteien keinen Barkauf über ein Grundstück schließen, so empfiehlt sich ein *contratto preliminare* aus mehreren Gründen: erstens bleibt der Verkäufer bis zur vollständigen und fristgemäßen Zahlung des Kaufpreises Eigentümer des Grundstücks; zweitens schafft der nachträgliche Abschluß und die Transkription des definitiven Kaufvertrags klare Verhältnisse bezüglich des Grundstücks, weil das Transkriptionsbuch dann den aktuellen Rechtszustand ohne etwaige Bedingungen oder Befristungen zeigt. Schließlich können steuerrechtliche Gründe maßgeblich sein¹⁰⁰⁾. Problematisch ist oft die Bedeutung der Zeitbestimmung in einem *contratto preliminare di vendita*¹⁰¹⁾ oder der Sinn der Draufgabe¹⁰²⁾. Trotz der weitgehend unterschiedlichen Rechtsgrundlage weist diese Problematik viele Ähnlichkeiten mit den entsprechenden Fragen des griechischen Rechts auf¹⁰³⁾. Eine besondere Form des *preliminare di vendita* ist der *preliminare a favore di terzi* ("VV zugunsten Dritter"). Mit solchen Verträgen wollen die Parteien eine doppelte Übereignung vermeiden, wenn der erste Käufer das Grundstück weiter verkaufen will. Oft steht die Person des Dritten im *preliminare* nicht fest, sondern sie wird vom Käufer später benannt (*persona de nominare*)^{103a)}.

b) In der Lehre und der Rechtssprechung werden weitere Erscheinungsformen des *contratto preliminare* erwähnt¹⁰⁴⁾. Doch

100) MASSINEO, a. a. O., S. 169.

101) Dazu vgl. ALABISO, S. 120 ff; näheres berichtet auch HENRICH, S. 195.

102) Vgl. ALABISO, S. 132 ff.

103) Oben § 4 IV 3 und 6.

103a) Vgl. ALABISO, S. 52, Anm. 12, 55 Anm. 23; HENRICH, S. 48f.

104) Beispiele bei MASSINEO, a.a.O., S. 170; ALABISO, S. 119f.

ist ihre praktische Bedeutung gering. Die Zulässigkeit eines preliminare di donazione ist sehr umstritten¹⁰⁵⁾; den preliminare di società hält man für zulässig¹⁰⁶⁾, jedoch wird eine sentenza costitutiva nach Art. 2932 c.c. im Weigerungsfall abgelehnt¹⁰⁷⁾.

Das Darlehensversprechen (promessa di mutuo) erfährt in Art. 1822 codice civile eine ähnliche Regelung wie im deutschen Recht (§ 610 BGB). Man spricht hier von einem contratto preliminare unilaterale, welcher sowohl vom üblichen preliminare als auch vom Optionsvertrag zu unterscheiden ist¹⁰⁸⁾. Ob das pactum de cambiando einen contratto preliminare darstellt, wird bestritten; nach überwiegender Meinung ist es wenigstens kein contratto preliminare "in senso tecnico"¹⁰⁹⁾.

4. Einordnung des contratto preliminare in das System

Die frühere Doktrin hat in Anlehnung an DEGENGOLG den contratto preliminare in die Lehre vom Vertragsgegenstand eingeordnet¹¹⁰⁾. Heute werden differenzierende Auffassungen vertreten: nach MONTESANO¹¹¹⁾ stellt der contratto preliminare das wichtigste Beispiel für eine Verpflichtung zum Kontrahieren dar. ALABISO¹¹²⁾ hält für richtiger die Einordnung in die Lehre von der "Privatautonomie" (procentimento privato), denn damit wird der eigentliche Charakter der "vorläufigen Vereinbarung" (pattuizione preliminare) als Moment der privatautonomen Regelung zum Ausdruck gebracht. Die praktische Bedeutung dieses Theorienstreits ist freilich gering. Im Ergebnis bleibt, daß ein abstrakter Begriff des

105) Zur Meinungsstand: ALABISO, a. a. O., S. 103 ff; vgl. auch HENRICH, S. 56.

106) Cass. 25.5.1963 (n. 1371) Foro it. 1963, I, 1667.

107) ALABISO, S. 120, Anm. 146.

108) Vgl. ALABISO, S. 54, Anm. 16; HENRICH, S. 55.

109) Nachweise bei ALABISO, S. 119, Anm. 145.

110) COVIELLO, a. a. O., S. 70

111) A. a. O., S. 194.

112) S. 42.

preliminare beschränkten normativen Inhalt haben kann. Der Gesetzgeber hat in dem Art. 1351 und 2932 codice civ. der konkreten Rechtsentwicklung im Kaufrecht Rechnung getragen, ohne das Vertragssystem im Ganzen erweitern zu wollen. Im Gegenteil sollen diese Vorschriften die unerwünschten Abweichungen von immanenten Prinzipien ausschließen, die man im früheren Recht mit der Konstruktion eines preliminary erreicht hatte; gewichtige Verträge, wie etwa eine Grundstücksveräußerung, können nicht mehr als preliminary mündlich abgeschlossen und im Rechtsstreit durch Zeugen bewiesen werden, während Art. 2932 der Forderung auf einer reibungslosen Naturalerfüllung gerecht wird.

III. Englisches Recht

1. Im englischen Recht gibt es keine ausgeprägte Vertragsform, die dem deutschen VV entspräche. Vergleichbar sind die Tatbestände, die man als "contract to make a contract", "contract to enter a contract" oder "agreement to agree" bezeichnet. Die Lehre behandelt diese Tatbestände im Rahmen der Theorie vom Vertragsschluß und zwar im Zusammenhang mit der inhaltlichen Bestimmtheit einer Vereinbarung als Voraussetzung für ihre Wirksamkeit¹¹³⁾.

2. Leading cases für diese Problematik sind:

a) Harzfeld-Wildenburg v. Alexander¹¹⁴⁾. Hier stellt PARKER J. fest, daß das Recht keine Vereinbarung über den Abschluß eines Vertrages anerkennt¹¹⁵⁾. Er sieht zwei Möglichkeiten für die rechtliche Qualifikation der strittigen Abmachung: entweder ist der "Abschluß" (execution) des künftigen Vertrages eine Bedingung der Vereinbarung und dann liegt ein "unverbindlicher Vertrag" vor; oder haben die Parteien damit

113) Vgl. CHITTY, Rdnr. 78 ff (S. 75 ff): incomplete agreement; ANSON, 23 ff (26), POLLOCK-WINFIELD, S. 34/35: certainty of terms; CHESHIRE-FIFOOT, 31 ff (34): acceptance.

114) (1912) 1 Ch. 284, 288/289.

115) "The law does not recognise a contract to enter into a contract."

bloß ihre Absicht geäußert, wie die bereits getroffene Vereinbarung durchgeführt werden soll, und dann geht es um einen binding contract, für dessen Wirkung die Einigung über ein "more formal document" keine Rolle spielt.

b) May and Butcher v. The King¹¹⁶⁾. Die Kläger hatten mit einem Vertreter der betreffenden Behörde vereinbart, sie kauften den Überschuß der "Zeltausrüstung" (tentage) zu einem Preis, über den sich die Parteien später einigen sollten. Das House of Lords meinte, es sei kein Vertrag zustande gekommen. Die Bestimmung der sect. 8 des S.G.A.¹¹⁷⁾ finde hier keine Anwendung, weil sie eine nicht ausdrückliche Vereinbarung über den Preis voraussetzt, während im vorliegenden Fall die Festsetzung des Preises ausdrücklich einer späteren Einigung vorbehalten wurde. Als bloßes agreement to make an agreement sei die Absprache unwirksam.

c) Hillas and Co. Ltd. v. Arcos Ltd.¹¹⁸⁾. Der Kläger hatte vom Beklagten eine bestimmte Menge Holz gekauft. Im schriftlichen Kaufvertrag wurde vereinbart, daß der Kläger die "Option" hat, eine weitere Holzmenge im nächsten Jahr zu kaufen. Einzelheiten über die Sorte und die Größe der zu liefernden Ware sowie über die Art der Schiffsladung usw. waren offengelassen. Das House of Lords hielt die Vereinbarung für verbindlich. Lord WRIGHT hat sich dabei auf eine "old maxim of English Law" berufen: "verba ita sunt itelligenda ut res magis valeat quam pereat". Außerdem - führte er fort - sind die Vereinbarungen der Handelsleute oft "summarisch" und beschränken sich auf die wesentlichen Punkte.

116) (1934) 2 K.B. 17.

117) Wenn der Preis nach den gesamten Umständen nicht bestimmt werden kann, dann gilt ein "reasonable price". Vgl. dazu CHALMER's Sale of Goods Act, 15. Aufl. 1967, S. 39 f.

118) (1932) 147 L.T. 503. Diese Entscheidung wurde zwar vor der Entscheidung May and Butcher v. King veröffentlicht, war aber früher erlassen worden, CHESHIRE-FIFOOT, S. 35 Anm. 1.

d) Scammell v. Ouston¹¹⁹⁾. Der Kläger wollte vom Beklagten einen Lastwagen kaufen und bestellte schriftlich nach vorherigem Briefwechsel ein Kraftfahrzeug bestimmten Modells. In der Bestellung stand, daß der Kaufpreis innerhalb zwei Jahre "nach den Bedingungen des "hire-purchase" gezahlt werden sollte. Der Verkäufer nahm die Bestellung an, bestimmte aber die zu geltenden "hire-purchase terms" nicht¹²⁰⁾. Später weigerte sich die Firma, den Wagen zu liefern; daraufhin klagte der Käufer auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Die Firma meinte, es sei kein Vertrag zustande gekommen. Dieser Meinung ist das House of Lords beigetreten. Lord WRIGHT¹²¹⁾ begründet diese Entscheidung mit zwei Argumenten: einmal war die "Sprache" der Parteien so undeutlich ("obscure"), daß das Gericht dem Parteiwillen keinen bestimmten Inhalt beimessen konnte; ferner war die Vereinbarung unvollkommen und als Stadium der Vorverhandlungen (negociations) anzusehen.

3. Eine theoretische Erfassung dieser Entscheidungen haben CHESHIRE-FIFOOT und POLLOCK-WINFIELD vorgenommen. WINFIELD¹²²⁾ meint, der Satz "there cannot be a contract to make a contract" sei ein "misleading epigram". Richtig sei nur, daß ein "Vertrag" unverbindlich bleibt, wenn die Regelung von wesentlichen Vertragspunkten einer späteren Vereinbarung vorbehalten wird. Dagegen sei der Vertrag wirksam, wenn die offen gelassenen Punkte aus den gesamten Umständen bestimmt werden können: certum est quod certum reddi potest. Ähnlich äußern sich CHESHIRE-FIFOOT¹²³⁾:

119) (1941) 1 Ch. 284, 288/289.

120) Die Bestimmung war notwendig, weil es verschiedene Bedingungen dieser Art gibt. Vgl. jetzt den Hire-purchase Act von 1965 bei CHALMER's, a. a. O.

121) (1941) A. C. 268/269.

122) POLLOCK-WINFIELD, S. 35/36.

123) S. 34.

zwischen den "instruktiven" Fällen Hillas usw. und Scammell usw. besteht ein wichtiger Unterschied. Während im ersten Fall die offen gelassenen Punkte auf Grund der vorherigen Vertragsverhältnisse¹²⁴⁾ und unter Berücksichtigung der "normal course of the trade" bestimmt werden konnten, wies die Vereinbarung im zweiten Fall eine wichtige Vertragslücke auf, für deren Ausfüllung es keine Anhaltspunkte gab. In Anlehnung an Lord WRIGHT¹²⁵⁾ meint FIFOOT, daß die Richter in ähnlich gelagerten Fällen eher für die Gültigkeit als für die Unwirksamkeit des Vertrages entscheiden würden.

4. Was das Recht in den USA betrifft, so behandelt CORBIN¹²⁶⁾ die einschlägigen Tatbestände unter dem Titel "Partial-Agreements, contract to make a contract". Er stellt fest, daß es keinen Vertrag gibt, solange die Parteien sich nicht über alle Punkt geeinigt haben, die ausdrücklich oder implizit in dem endgültigen Antrag und dessen Annahme mit einbezogen werden sollen. Der sog. contract to make a contract sei überhaupt kein Vertrag, es sei denn, daß man damit den inhaltlich vollkommen bestimmten Vertrag versteht, der später auf ein "document" fixiert werden muß. Dann sei das "document" aber kein neuer Vertrag, sondern habe deklaratorischen Character (a mere memorial of the agreement).

5. Zusammenfassend ergibt sich: das anglo-amerikanische Recht kennt keinen Rechtsbegriff, der dem deutschen VV entspricht. Die erwähnten Formulierungen sind bloß untechnische Bezeichnungen von Stadien des Vertragsschlusses. Es gibt nur die Alternative: entweder unverbindliche Vorverhandlungen oder endgültige Verträge, deren eventuelle Lücken nach weitgehend freien Kriterien auszufüllen sind.

124) CHALMER (S. 182) erwähnt den Fall als Beispiel für eine "course of dealing between the parties" im Sinne der sect. 55 S.G.A.

125) oben sub c)

126) On Contracts (1963) § 29.

6. Im anglo-amerikanischen Recht macht die Unterscheidung des "VV" vom Optionsvertrag keine Schwierigkeit. Der option contract begründet keine Verpflichtung zum contrahere, sondern er wird entweder als vertraglich eingeräumtes Angebot (contract to keep an offer open) oder als bedingter Vertrag qualifiziert¹²⁷⁾. In der Entscheidung *Hillas and Co. Ltd. v. Arcos Ltd.*¹²⁸⁾ behauptete der Beklagte, die strittige Optionsvereinbarung sei "a mere agreement to agree". Dabei ging es aber nicht darum, daß die Optionsausübung als solche nicht ausreiche und die Parteien deshalb nochmals kontrahieren müßten, sondern allein darum, ob die Optionsabrede wegen nicht hinreichender Bestimmtheit überhaupt verbindlich war.

127) Vgl. CORBIN, *On Contracts*, §§ 38, 262. Weitere Nachweise bei LORENZ, *Vorzugsrechte*, S. 127 ff, und HENRICH, S. 71 ff.

128) Ober 2 c).

§ 6: Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Vorvertrag

Die deutsche Lehre vom VV beruht auf dem Satz, daß sich eine Partei wirksam durch Vertrag zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts, also zur Abgabe einer Willenserklärung, und vor allem zum Abschluß eines Vertrages verpflichten kann. Der damit begründete Anspruch kann durch Klage auf Abgabe der Erklärung geltend gemacht und durch rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe gem. § 894 ZPO durchgesetzt werden. Damit sind de lege lata die Weichen gestellt: VV und HV stehen einander selbständig gegenüber; die Leistung aus dem HV setzt dessen Abschluß voraus. Andererseits besteht eine unaufhebbare Verbindung von VV und HV, die sich am deutlichsten am Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des VV zeigt: das positive Interesse am VV ist kein anderes als dasjenige am HV.¹⁾

Der Umstand, daß zwischen das Versprechen des VV und die schließlich zu erbringende Leistung noch ein Abschluß des HV geschoben wird, erscheint eine solche Umständlichkeit, daß von jeher Versuche gemacht worden sind, vom Erfordernis des HV-Abschlusses abzusehen. Es erschien ungewöhnlich, daß die Parteien eine so umständliche Regelung treffen würden, wenn ein einfacherer Weg zur Verfügung stand. Man bedient sich hier der Auslegung des VV. Der gegenseitige VV läßt sich oft als der unter irgendwelchen Bedingungen stehende HV auslegen²⁾. Der einseitig verpflichtende VV läßt sich einmal als Optionsvertrag oder aber als bindende Offerte auslegen, mit der der Berechtigte Teil den HV einseitig durch Annahmeerklärung zustande bringt und nicht auf eine noch weitere Mitwirkung des Verpflichteten angewiesen ist. Eine solche Regelung wird in Frankreich ebenfalls aus Art. 1589 code civile abgeleitet.

Angesichts solcher sachgerechter Auslegungen ist es in der modernen deutschen Praxis tatsächlich nicht zu grundlegenden Streitigkeiten darüber gekommen, ob ein VV oder nicht bereits ein HV vorliege. Gleichwohl, die Auslegung kann sicherlich nicht gegenüber einem eindeutig erklärten Parteiwillen helfen, und damit ergibt sich die Notwendigkeit, dem VV seine Stellung im deutschen System zuzuweisen.

1) Das ist allgemein anerkannt: BGH WM 1963, 662; HENRICH, S. 216; Vgl. oben § 3 IV 3.

2) In der Entwicklung des französischen Rechts ist es hier tatsächlich zu dem Satz gekommen: La promesse de vente vaut vente, Art. 1589 C.c.; Vgl. im einzelnen oben § III.

A. Zeitlicher Bezug und Bedingtheit der Verpflichtung aus dem VV

Nach der Lehre vom VV liegt das besondere Merkmal des VV darin, daß er die Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrags begründet. Die erste Frage bei jeder Verpflichtung ist, wann diese zu erfüllen ist. Das BGB beantwortet diese Frage in § 271. Bemerkenswerterweise hat die Anwendung dieser Vorschrift auf den VV der Lehre schon immer Schwierigkeiten bereitet. So meinte LEVINSOHN^{2a)}, zum notwendigen Inhalt eines VV gehöre die Bestimmung der Zeit für den Abschluß des HV, sonst würde § 271 I BGB eingreifen, was beim VV dem Parteiwillen nicht entspreche. Fehle eine solche Bestimmung, so ist der VV unwirksam^{2b)}. Dagegen hält HENRICH³⁾ den VV auch ohne Zeitbestimmung für rechtswirksam, allerdings nicht mit Anwendung von § 271 BGB, der "seinem Wesen nach" nicht für den VV gelte; vielmehr müßte sich die Zeit für den Abschluß des HV nach besonderen Regeln bestimmen. Nach diesen Regeln soll der Richter die Befugnis haben, einen Fälligkeitstermin zu setzen, wenn die Parteien keine Vereinbarung darüber getroffen haben. De lege lata wird die Lösung auf die §§ 157, 242 BGB gestützt, während de lege ferenda sich eine Änderung des § 271 I BGB nach dem Vorbild des Art. 1183 codice civile empfehlen soll⁴⁾. Indessen sind die Überlegungen HENRICHS in ihrer Allgemeinheit wenig sachgerecht. Wenn er feststellt, daß im VV eine Bestimmung über die Abschlußzeit des HV "häufig fehlt", so hat er grundsätzlich die Fälle der einseitig bindenden VV oder Optionsverträge vor Augen, bei denen eine zeitlich unbegrenzte Bindung des Verpflichteten nicht befriedigen kann. Für diese Fälle hat der BGH bereits eine Lösung

2a) S. 55, 58.

2b) Diese Auffassung wird auch in Österreich und in der Schweiz vertreten; Nachweise bei HENRICH, S. 127 Anm. 30.

3) S. 193

4) Art. 1183 Codice civile: "Erfüllungszeit.- Ist der Zeitpunkt, zu dem die Leistung bewirkt werden soll, nicht bestimmt, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen. Ist jedoch nach dem Gewohnheitsrecht, wegen der Natur der Leistung oder auch wegen der Art oder des Ortes der Ausführung eine Zeitbestimmung notwendig, so nimmt diese in Ermangelung einer Einigung der Parteien der Richter vor. (Abs. II)".

gegeben: der vertraglich nicht begrenzte Anspruch auf Abschluß des HV verjährt nach dreißig Jahren⁵⁾. In den übrigen Fällen, also für den VV im allgemeinen besteht kein besonderes Problem. Wenn LEVINSOHN und HENRICH das Fehlen eines ausdrücklichen Termins im VV auf eine besondere Weise beurteilen wollen, so mißdeuten sie das spezifische Merkmal des VV. Nach allgemeiner Ansicht kommt ein VV nämlich dann in Betracht, wenn dem Abschluß des HV noch irgendwelche Hindernisse "rechtlicher oder tatsächlicher Art" entgegenstehen, die Parteien aber eine "zweckentsprechende" Bindung schon jetzt begründen wollen⁶⁾. Für die Annahme eines VV müssen irgendwelche "Gründe" vorhanden sein, "weswegen die Parteien nicht einen HV, sondern einen VV geschlossen haben"⁷⁾. Diese Formulierungen bedeuten aber, daß der Abschluß des HV mit dem Eintritt bzw. Wegfall gewisser Umstände zusammenhängt. Diese Umstände sind wiederum nur dann rechtserheblich, wenn sie zum Inhalt des VV gehören, sonst sind sie bloße Motive. Der Eintritt bzw. Wegfall dieser Umstände bestimmt aber von selbst den Zeitpunkt, in dem der HV abschlußreif wird. Daraus ergibt sich, daß für die Gültigkeit eines VV keine (ausdrückliche) Zeitbestimmung notwendig ist. Haben die Parteien einen Termin für den Abschluß des HV festgelegt, so bedeutet das, daß die genannten Umstände (bis) zum Termin eingetreten bzw. weggefallen sein sollen.

Mit der Hervorhebung dieses Aspekts wird die Gleichartigkeit des VV und des bedingten Vertrages offensichtlich. Zwischen beiden besteht praktisch nur ein Unterschied: während beim bedingten Vertrag die beabsichtigten Rechtswirkungen mit Erfüllung der Bedingungen ohne weiteres eintreten, ist beim VV zum gleichen Zweck ein nochmaliges Kontrahieren erforderlich. Schon DEGENGOLB mußte die Annahme bekämpfen, der VV sei ein bedingter Vertrag⁸⁾. Seine Argumentation ist allerdings keineswegs schlüssig. Merkwürdigerweise bejaht er die Gleichsetzung für den Fall des potestativ bedingten ("si voluerit") Vertrags, d.h. dort, wo der Abschluß des HV nicht von äußeren und objektiven Umständen abhängt, sondern vom freien Willen eines Kontrahenten. In den übrigen Fällen wird die Gleichartigkeit mit der Begründung verneint, man müßte sonst den obligatorischen Vertrag

5) BGHZ 47, 387, oben § 3 IV 4

6) BGH NJW 1962, 1813; so wohl auch HENRICH, S. 115 und passim

7) BGH LM § 256 (40) ZPO

8) AcP 71, 18 f.

auf tradere (etwa Kauf) für einen VV zum Abschluß des dinglichen Vertrags halten. In der modernen Lehre stellt man einfach fest, die Abgrenzung des VV gegenüber dem bedingten Vertrag bereite "besondere Schwierigkeiten"⁹⁾. Das könnte ausschließlich für die Rechtsprechung zum Ankaufsrecht zutreffen, die aber HENRICH bei dieser Feststellung nicht vor Augen hat, denn er betrachtet das Ankaufsrecht als Optionsrecht¹⁰⁾. Im übrigen besteht weder eine theoretische, noch eine praktische Schwierigkeit. Die Rechtspraxis zeigt, daß beim VV nicht darüber gestritten wird, ob ein VV oder ein bedingter Vertrag vorliegt, sondern ob überhaupt eine vertragliche Bindung besteht.¹¹⁾

Jedenfalls bleibt die Lehre vom VV den Vergleich mit der Bedingungslehre immer noch schuldig. Zunächst sollte es unstreitbar sein, daß VV und bedingter Vertrag die gleiche rechtliche Funktion haben: sie dienen der Aufschiebung von vertraglichen Wirkungen, indem sie die beabsichtigten Rechtsfolgen von künftigen Umständen¹²⁾ abhängig machen. Der strukturelle Unterschied zwischen den beiden Rechtsformen sieht so aus: während beim bedingten Vertrag die rechtsgeschäftliche Grundlage der Rechtswirkungen bereits vorliegt, und nur diese Wirkungen vom Eintritt eines Umstandes abhängen, soll durch den VV selbst das Zustandekommen des die Rechtswirkungen erzeugenden Vertrags hinausgeschoben werden. Somit könnten unerwünschte Vor- und Zwischenwirkungen vermieden werden, da auch nach Eintritt der "Bedingung" der beabsichtigte Vertrag überhaupt nicht vorliegt; über dessen Wirkung haben sich die Parteien noch nicht geeinigt! Trotzdem spricht man, wie in der Bedingungslehre, von "Vorwirkungen" des HV auf den VV¹³⁾.

9) So HENRICH, S. 110; PALANDT-DANCKELMANN, Einf. v. § 145 Anm. 4
10) S. 229

11) Von einem bedingten VV spricht der BGH in einer Entscheidung vom 17.4.1959, LM § 162 BGB (3). Dabei ging es um eine Vereinbarung, nach der sich der Beklagte verpflichtet hatte, dem Kläger Räume in einem noch zu errichtenden Gebäude zu vermieten. Das Berufungsgericht qualifizierte die Abmachung als MietVV unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Aufbau des Hauses durchgeführt wird. Da die Bedingung nicht eingetreten war, brauchte der Beklagte den Schaden wegen Nichterfüllung des "VV" nicht zu ersetzen. Die Revision des Klägers hatte die Bezeichnung der Vereinbarung als VV erfolglos gerügt. Indessen war die Annahme eines VV unnötig; mit einem bedingten (Haupt-)Mietvertrag könnte man zum gleichen Ergebnis kommen.

12) Beim sog. einseitigen VV ist der bloße Wille des Berechtigten dieser Umstand, genauso wie die Wollensbedingung

13) BRÜGGEMANN, S. 205 Sp. 2, 208 Sp. 1; vgl. auch ROQUETTE, Mietrecht, S. 131

Daß solche Vorwirkung bloß eine nicht zwingende Auslegungsmöglichkeit des betreffenden Rechtsvorganges ist, wird in anderem Zusammenhang gezeigt¹⁴⁾.

Ein altes Problem der Bedingungslehre war, wie die Rechtsfolgen eines Tatbestandes mit Bedingungseintritt "automatisch" eintreten können. Daß ein "äußeres" Ereignis von sich selbst vertragliche Rechtsfolgen auslösen kann, wurde nicht immer für selbstverständlich gehalten. So hat früher das RG beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt eine Mitwirkung des Verkäufers in der Form eines "Übereignungswillens" "noch in dem Augenblicke" verlangt, "wenn der letzte Kaufgeldrest bezahlt wird, damit die Bedingung eintritt"¹⁵⁾. Ähnlich wird heute der Meinung, daß das Anwartschaftsrecht bei bedingter Verfügung sich mit Bedingungseintritt in ein "Vollrecht" verwandelt, vorgeworfen, sie nehme damit zu unrecht eine systemwidrige, weil nicht rechtsgeschäftliche, Rechtsübertragung an¹⁶⁾. Diesen Fragen gegenüber besteht beim VV kein Problem: die Parteien müssen auf jeden Fall nach "Bedingungseintritt" ihren Konsens zu den beabsichtigten Vertragswirkungen rechtsgeschäftlich erklären; bis dann können die Folgen des HV nicht von selbst eintreten. Neben diesen Unterschieden weist die VV-Lehre einige Parallelen zur Bedingungslehre auf: die von STINTZING¹⁷⁾ betonte Leistungsbereitschaft als Hauptpflicht aus dem VV entspricht der Pflicht zur "Vorbereitung der Leistung" beim bedingten Vertrag¹⁸⁾. Ferner korrespondiert die von BRÜGGEMANN¹⁹⁾ vorgenommene Übertragung des Haftungsmaßstabes des HV auf den VV derjenigen beim bedingten Vertrag²⁰⁾ für die Haftung nach § 160 BGB. Schließlich lassen einige Autoren für den VV eine Klage nach § 257 ZPO zu, welche auch für bedingte Ansprüche gegeben wird²¹⁾.

Zusammenfassend ergibt sich, daß die Verpflichtung aus dem VV durch die für dessen Annahme erforderlichen "tatsächlichen oder rechtlichen Gründe" bedingt ist. In Wahrheit hat der Abschluß des

14) Bei der Analyse des MietVV, unten K

15) RG 97, 105 (107) mit Nachweisen. Später hat das RG diese Meinung aufgegeben, vgl. RG 140, 223 (226), dazu BLOMEYER, Bedingungslehre II, S. 224

16) BLOMEYER, AcP 153, 248, der freilich keinen "neuen" Übereignungswillen verlangt, sondern die Rechtssituation als belastetes Eigentum des Erwerbers auffaßt. Zu der Diskussion vgl. FLUME, § 40 2b S. 725 f; eingehend: GEORGIADIS, Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf, 1963.

17) S. 11 ff, 25 ff.

18) Dazu BLOMEYER, Bedingungslehre I, S. 41, 46.

19) S. 205 Sp. 2

20) Dazu BLOMEYER, a.a.O., S. 39

21) Siehe oben § 3 V 2c

HV klarstellenden Charakter: die Parteien stellen damit fest, daß die Gründe oder "Hindernisse", die die Hinausschiebung der erzielten Rechtsfolgen veranlaßt haben, nunmehr weggefallen sind und setzen die schon vereinbarten Vertragswirkungen ex nunc in Geltung²²⁾. Diese Merkmale haben HV und VV ohne Rücksicht darauf, welche Stellung sie im System der Rechtsgeschäfte besitzen. Ihre konkreten Rechtswirkungen lassen sich aber erst nach deren Einordnung in dieses System bestimmen.

B. Der VV als Rechtsgeschäft

Die von der Rechtsprechung anerkannten Rechtsgeschäftstypen werden in der verschiedensten Weise nach Arten zusammengefaßt. Für unsere Untersuchung kommt die Unterscheidung von FIKENTSCHER zwischen "Vorgeschäften" und "Hauptgeschäften" in Betracht, wobei ein Vorgeschäft zur Vornahme eines Hauptgeschäfts verpflichtet. Eine solche Unterteilung ist allerdings in der modernen Literatur nicht zu finden. Der Grund liegt in erster Linie darin, daß die Lehre vom VV nicht in die Lehre vom Rechtsgeschäft eingegliedert worden ist.

Zunächst liegt die Annahme nahe, daß alle "geregelten" Rechtsgeschäfte "Hauptgeschäfte" sind. Aber das trifft in keiner Weise zu, denn die Verpflichtung zur Übereignung der verkauften Sache nach § 433 macht den Kaufvertrag nicht zum Vorvertrag, obwohl er dessen Merkmale erfüllt. Insoweit stimmt die Unterscheidung Vorgeschäft - Hauptgeschäft nicht mit unserem System von schuldrechtlichem Vertrag und dinglichem Erfüllungsgeschäft überein.

Demgegenüber haben alle "Vorgeschäfte" gemeinsam, daß sie eine Verpflichtung zum "rechtlichen Handeln" begründen. Sie sind aber "Verpflichtungsgeschäfte" im herkömmlichen Sinne, was man in der Lehre vom VV mit der Bezeichnung des VV als ein "obligatorischer" Vertrag meint. Das Verpflichtungsgeschäft wird als ein Geschäft definiert, welches "nur Rechtsbeziehungen von Person zu Person begründet", ohne "unmittelbar eine Veränderung betreffs bestehender Rechte" zu bewirken²³⁾, und vom Verfügungsgeschäft unterschieden.

22) Im Hinblick auf die Regelung des Art. 2932 des italienischen codice civile hat MONTESANO ähnliche Gedanken über die Bedingtheit des VV und den deklatorischen Charakter des den HV ersetzenden Urteils gemacht (vgl. HENRICH, S. 44 ff.). Der grundsätzliche Unterschied ungerer Ausführungen besteht aber darin, daß wir diese wesentlichen Merkmale von VV und HV festgelegt haben, ohne die prozeßrechtlichen Möglichkeiten der Anspruchsdurchsetzung heranzuziehen.

23) FLUME, § 11, 5 S. 141.

Diese Unterscheidung von Verpflichtung und Verfügung ist zwar von grundlegender Bedeutung für das deutsche Recht²⁴⁾, schafft aber keine komplementären Gruppierungen, d.h., es gibt Geschäfte, die weder Verfügungen noch Verpflichtungen sind²⁵⁾, wie etwa Adoption. Mit Hinblick auf Geschäfte letzterer Art ist eine Erweiterung des Begriffs der "Verpflichtung" denkbar, so daß das Verpflichtungsgeschäft nicht nur Verfügung, sondern jedes beliebige Rechtsgeschäft einleiten kann. In der Tat weist der "Geschäftserrichtungsvertrag" ROTHs einige Merkmale des "Vorgeschäfts" auf: Durch diesen Vertrag sollen sich die Parteien verpflichten, die für die "Errichtung" des HV erforderlichen Handlungen vorzunehmen²⁶⁾. Die Dogmatik des BGB bietet aber kaum Anhaltspunkte für die Ausarbeitung eines brauchbaren abstrakten Begriffs des Verpflichtungsgeschäftes als "Vorgeschäft". Deshalb ist es sinnvoll, die Stellung des VV im System der Rechtsgeschäfte anhand der Einteilung "ihrem Inhalt nach" zu prüfen, die auch dem herkömmlichen VV-Begriff zugrunde liegt. In der modernen Lehre spricht man von schuldrechtlichen, sachenrechtlichen, personen- oder familienrechtlichen und erbrechtlichen Rechtsgeschäften sowie von Gründungsakten²⁷⁾. Aus diesen Geschäftsarten verträgt nach der h.L. nur der schuldrechtliche Vertrag einen VV. Die längst fällige Begründung dieser Annahme hat neuerdings BRÜGGEMANN²⁸⁾ in einer besonders kategorischen Weise formuliert, obwohl er im übrigen der h.L. nicht folgt. Seine Terminologie ist allerdings wenig glücklich: statt "sachenrechtlicher VV", "familienrechtlicher VV" usw. wäre "VV zu einem dinglichen Vertrag" usw. richtiger, denn über die Beschaffenheit des VV als solchen kann nur die Rede sein von einem "Verpflichtungsgeschäft" im weitesten Sinne.

24) Vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 143 II 2 S. 883; BGHZ 27, 95 f. (Verfilmungsrechte)

25) FLUME, § 11 5 S. 134

26) ROTH, S. 272 f., 275

27) FLUME, § 33 3 S. 603 (für die Verträge), S. 134.

28) S. 204 Sp. 1.

C. Der VV zu einem Schuldvertrag

Der VV zum Schuldvertrag scheint zunächst allein die Abschlußhandlung als Leistungsgegenstand zu haben, während erst der abzuschließende HV die Pflicht zur Bachleistung begründen würde. Indessen wird dabei übersehen, daß der VV den Inhalt des HV und damit die zu begründenden Pflichten enthält, den HV also gleichsam vorwegnimmt. Bei freiwilliger Erfüllung des VV richtet sich das gesamte Schuldverhältnis nach dem Inhalt des VV, der mit dem HV übereinstimmt³²⁾.

Auf diese Überlegungen lassen sich die Bedenken der späteren gemeinrechtlichen Lehre gegen die Zulässigkeit eines VV zu den Konsensualverträgen, insbesondere eines VV zum Kaufvertrag, zurückführen³³⁾. Demgegenüber kann man leicht erklären, warum etwa das pactum de cecendo und das sog. pactum de ineundo societate als VV aufgefaßt wurden³⁴⁾, denn hier liegt keine "Verpflichtung sich zu verpflichten" vor. Das pactum de cecendo steht zur Zession im gleichen Verhältnis wie der Kauf zur Übereignung. Das gilt übrigens auch für den VV zu einem Realvertrag: das

32) In ähnlichem Sinn auch HENRICH, S. 188 f., 205, wenn er den VV als die "eigentliche Quelle des (haupt-)Leistungsanspruchs" ansieht.

33) Vgl. ROTH, S. 68 ff.; WABNITZ, S. 68 f.

34) Zum pactum de cedendo vgl. RG 12, 249 (252); Zum GesellschaftsVV THOL, Handelsrecht (6. Aufl.) §§ 128, 130, 131.

Darlehensversprechen verpflichtet zur Auszahlung der Darlehenssumme, nicht zur Eingehung einer neuen Verpflichtung, denn die Rückzahlungspflicht beruht auf dem ganzen Rechtsverhältnis "Darlehen" und kann erst mit der Geldauszahlung entstehen³⁵⁾. Beim Gesellschaftsvertrag bezieht sich der VV nicht auf die Verpflichtung zur Beitragsleistung, sondern auf den (bei Kapitalgesellschaften streng formalen) Gründungsakt. Hier könnte ein VV Platz finden, allerdings nicht als pactum de contrahendo im Sinne der h.L., sondern als "Organisations- bzw. Vorgründungsvertrag", welcher einen Anspruch auf Vollzug aller für die Entstehung der Gesellschaft notwendigen Maßnahmen begründet³⁶⁾.

In der umgekehrten Richtung bewegt sich BRÜGGEMANN³⁷⁾ bei der Ausbildung seines abweichenden VV-Begriffs. Er geht nämlich von dem Gesellschaftsrecht aus, wo das Synallagma ein genetisches ist³⁸⁾, und hält die VV-Partner für eine Art "Gesellschaftler", die sich etwa zusammengeschlossen haben, um das Ziel "HV" zu erreichen! Dieser Auffassung ist jedoch nicht zu folgen. BRÜGGEMANN hat bei seinen recht abstrakten Überlegungen die Fälle vor Augen, in denen der HV genehmigungsbedürftig oder seine Regelung im VV lückenhaft ist. Dann sollen sich die Parteien bemühen, die Genehmigung einzuholen bzw. die offen gelassenen Punkte auszufüllen. Bei genehmigungsbedürftigen Verträgen hängt es aber von den betreffenden Vorschriften ab, von welcher Partei die Genehmigung eingeholt werden kann, so daß man von einem "gemeinsamen" Bemühen nicht sprechen sollte. Unhaltbar ist ferner die Konstruktion eines VV dort, wo eine vollständige vertragliche Regelung fehlt. Läßt sich der Inhalt der offen gelassenen Punkte im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ausfüllen, so liegt bereits der HV vor. Anderenfalls ist kein wirksamer (Vor)Vertrag zustandegekommen.

Gerade die Vorstellung des VV als inhaltlich noch nicht vollständigen (Schuld)Vertrags dürfte schon längst überwunden sein³⁹⁾. Heute besteht kein Zweifel, daß eine besonders wichtige Gruppe von oft

35) So auch neuestens NEUMANN-DUESBERG, NJW 1970, 1403 (1404), der die Irrelevanz der Unterscheidung zwischen Real- und Konsensualdarlehen betont.

36) Siehe unten 1.2.

37) S. 206 Sp. 2, 207 Sp. 1 und passim

38) Keine "Leistungsaustauschfunktion" des Gesellschaftsvertrags.

39) Vgl. die Kritik von ROTH, S. 136 ff

inhaltlich weitgehend unbestimmten Verträgen, die "Rahmenverträge", vom VV zu unterscheiden sind. Es wird zwar die Meinung vertreten, ein Rahmenvertrag sei zugleich ein VV, wenn er eine Abschlußpflicht enthalte⁴⁰⁾, das wird aber meistens durch den Rahmenvertrag selbst widerlegt: eine etwaige Abnahme- bzw. Lieferpflicht wird so gestaltet, daß derer Verletzung andere Folgen hat (z.B. Schadenersatz, Rücktrittsrecht, Vertragsstrafe) als Ansprüche auf "Abschluß" von Einzelverträgen. Jedenfalls wird auch hier der Anspruch auf contrahere mit dem Anspruch auf Lieferung zusammenfallen.

Die Ablehnung eines abstrakten Typus des VV zu einem Schuldvertrag bedeutet nicht, daß die Parteien keine rechtswirksame Vereinbarung über den späteren "Abschluß" eines Schuldvertrags treffen können, sondern hat den Sinn, daß der formgerechte und inhaltlich vollständige "VV" als Obligationsgrundlage ausreicht. Der Abschluß des HV stellt eine Art "Vertragsreproduktion"⁴¹⁾, ein Bekenntnis zu dem bereits durch den VV begründeten Rechtsverhältnis, dar. Aus Rechtsgeschäften, welche die Anerkennung eines "bestehenden Rechtszustandes" zum Inhalt haben, hat v. TUHR den Begriff des Feststellungsgeschäfts gebildet⁴²⁾. Interessanterweise gewährt v. TUHR dem Berechtigten eine Klage nach § 259 ZPO^{42a)}, wenn der Vertragsgegner einer Feststellungsaufforderung nicht nachkommt. Das Urteil soll dann nur prozessuale, keine materiellrechtliche Wirkung haben⁴³⁾. Für den HV infolge eines VV, der einen Feststellungscharakter hat⁴⁴⁾, würde das bedeuten: Soweit der HV die im VV übernommenen Rechte und Pflichten nicht ändert⁴⁵⁾, gilt die Regelung des VV "bestätigt" durch den HV. Das Neue im HV, nämlich die Feststellung, daß die "Hindernisse", die den Abschluß des VV veranlaßt haben, nunmehr beseitigt worden sind, betrifft nicht die Rechtsfolgen, sondern den Teil des Tatbestands, von dem diese Rechtsfolgen abhängig gemacht wurden. Wo der durch den VV begründete Rechtszustand "festgestellt und dadurch gegen Zweifel und Verdunkelung geschützt werden soll"⁴⁶⁾, dort ist die Brauchbarkeit eines HV möglich, jedenfalls nicht als "Erfüllungsgeschäft" des VV, sondern als "Feststellungsgeschäft" im Sinne v. TUHRs. Deshalb müßte man den HV nicht als "eine Art Novation" bezeichnen⁴⁷⁾, denn die Novation ist eine freiwillige und ein-

40) FIKENTSCHER, Schr § 24 S. 96; vgl. HENRICH, S. 117

41) Der Terminus ist auf DEGENGOLB zurückzuführen, vgl. oben § 1 I 3

42) v. TUHR, II, 2, § 79 S. 247 - 269

42a) Also keine Leistungsklage auf Abgabe einer Willenserklärung nach Maßgabe von § 894 ZPO.

43) v. TUHR, a.a.O., S. 253 Anm. 38

44) Oben A a.E.

45) Anderenfalls ist der "HV" kein eigentlicher HV, sondern ein Abänderungsvertrag (vgl. § 305 BGB)

46) v. TUHR, a.a.O., S. 247

47) So aber HENRICH, S. 191

verständige Schuldänderung, während der HV eine geschuldete (Abschlußpflicht) Wiederholung der Grundlage für die Hauptleistung darstellt.

Daß die beabsichtigte Rechtsfolge beim VV die Verpflichtung zu der "realen" Leistung ist, zeigt sich vor allem im Falle der Vormerkung: auf Grund des VV wird nach der h.L. eine Auflassungsvormerkung zugelassen⁴⁸⁾, obwohl der VV nicht direkt zur Auflassung verpflichten sollte. Ebenso behandelt die h.L. den VV wie einen HV, wenn es um Schadenersatz wegen Verletzung der VV-Pflichten geht⁴⁹⁾. Bei "Unmöglichkeit"⁵⁰⁾ liegt der Grund auf der Hand: unmöglich kann nur die reale Leistung, nicht dagegen die "Mitwirkung" des anderen werden. Schließlich ist die Lehre vom VV noch in zwei Einzelfällen an den Wirkungen des HV orientiert: HENRICH hält eine Klage auf Abschluß des HV für "sicherlich ausgeschlossen", "wenn der versprochene Vertrag ein Dienstvertrag ist und der Dienstverpflichtete die Erfüllung verweigert"⁵¹⁾. Diese Auffassung wird auf § 888 Abs. II ZPO gestützt.

Indessen verbietet diese Vorschrift, nicht die Verurteilung, sondern nur die Erzwingung des Urteils und darum ist eine Klage auf Leistung von vertraglichen Diensten zulässig⁵²⁾. Überdies schließt HENRICH die Klage aus dem VV auch dann aus, wenn der Beklagte die Möglichkeit hat, "alsbald nach seiner Verurteilung den HV durch Kündigung wieder aufzuheben"⁵³⁾. Gedacht ist hier an den GesellschaftsVV und an die Bestimmungen der §§ 723 BGB (Kündigung einer Gesellschaft auf unbestimmte Zeit), 132 HGB (Kündigung zum Schluß des Geschäftsjahres) und 133 HGB (Auflösung aus wichtigem Grund). Daraus hätte man nicht nur die Unzulässigkeit der Klage auf Abschluß des Gesellschaftsvertrages, sondern die Unzulänglichkeit der VV-Lehre für die Behandlung der einschlägigen Problematik herleiten müssen⁵⁴⁾.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß der VV zu einem Schuldvertrag als abstrakter Vertragstypus wenig brauchbar ist. Beiden von den Gerichten entschiedenen oder von der Lehre konstruierten VV-Fällen geht es nicht eigentlich um Probleme der "vertraglichen Verpflichtung, sich zu verpflichten". als solchen, sondern um all-

48) Oben § 3 IV 7

49) Oben § 3 IV 2, 3; HENRICH, S. 214 ff; BGH WM 1963, 662.

50) Zur Frage des Verzugs vgl. oben § 3 IV 3b

51) S. 198

52) RG 72, 394; vgl. BAUMBACH-LAUTERBACH, § 888 Anm 4B; BLOMEYER, Zivilprozeßrecht, § 35 I 1 S. 168

53) Ebenda; vgl. auch S. 208

54) Vgl. unten L.

gemeine Fragen der Vertragslehre⁵⁵⁾. Der spezifische Anspruch aus dem VV zu einem Schuldvertrag, d.h. der Anspruch auf Abschluß des schuldrechtlichen HV, ist für die Gerichtspraxis eine besondere Rarität. Man kann diese Tatsache bloß als "eigentümliches Phänomen" bezeichnen⁵⁶⁾. Jedoch handelt es sich hier weder um einen Zufall noch um ein unerklärbares "Phänomen"; man klagt kaum auf Abschluß des HV, weil man kaum einen "echten" VV schließt. Die übliche Streitfrage der VV-Fälle ist, ob eine vertragliche Bindung überhaupt vorliegt⁵⁷⁾, und bei Bejahung dieser Frage werden meistens Schadenersatzansprüche geltend gemacht⁵⁸⁾. Neben den Einzelfällen, wobei der VV zur Begründung eines Schuldverhältnisses herangezogen wird, finden sich in komplizierten Verträgen des modernen Wirtschaftslebens verschiedene Klauseln, die zum contrahere verpflichten⁵⁹⁾. Hier kommt man aber ohne den Begriff des VV aus, denn solche Verträge sehen meistens vor, daß bei Verletzung dieser Verpflichtung das Schuldverhältnis sich so abwickeln soll, wie es dem ins Auge gefaßten (neuen) Schuldverhältnis gerecht wird⁶⁰⁾.

Der entscheidende Grund für die unbedenkliche Anerkennung eines selbständigen VV zu einem Schuldvertrag liegt darin, daß die VV-Lehre ständig auf die Möglichkeit einer zügigen prozessualen Durchsetzung des Anspruchs aus dem VV "schielt". So wird § 894 ZPO im Zusammenhang mit den Ausführungen zum VV oft in der Weise erwähnt, als wäre diese Vorschrift die Anspruchsgrundlage für den Anspruch aus dem VV. Indessen spielt § 894 ZPO materiellrechtlich keine Rolle, denn auch ohne dessen Bestimmungen gäbe es den Anspruch auf Abschluß des HV, nur würde die Vollstreckung des betreffenden Urteils anders aussehen⁶¹⁾.

D. Der VV zu einem dinglichen Vertrag

"Übereinkommen auf den Abschluß dinglicher Verträge" hielt DEGEN-GOLB⁶²⁾ für mögliche VV. Ein solcher VV wäre etwa ein "Versprechen

55) Wie etwa Fragen des Vertragsschlusses, der Lückenausfüllung oder der Wirkungen des Formmangels.

56) So HENRICH, S. 192

57) So auch bei den zwei seltenen Fällen aus der Rechtsprechung (BGH WM 1964, 1052, oben § 2 V 5a; BGH WM 1961, 1053, oben § 2 III 1c aa), in denen auf Abschluß des HV geklagt wurde.

58) Vgl. HENRICH, S. 214 ff

59) Zum Beispiel in Gesellschaftsverträgen oder in langjährigen Lieferungsverträgen, wo eine "Anpassungsklausel" oft vereinbart wird, dazu BILDA, DB 1969, 427 f

60) Zum Beispiel: Schadenersatz, Rücktrittsrecht des anderen, Verfall von Vertragsrechten usw.

61) Zur Funktion des § 894 ZPO siehe unten F.

62) AcP 71, 20

der traditio im Verhältnis zur Übereignung". Daß die Annahme eines besonderen Versprechens dieser Art "neben der ohnehin gegebenen Verpflichtung zur Übereignung" keinen Wert hat, betont in der letzteren Zeit BRÜGGEMANN⁶³⁾ mit Nachdruck. In der Tat hat der obligatorische Vertrag insofern die Wirkung eines "sachenrechtlichen" VV, als er einen Anspruch auf Abschluß des dinglichen Vertrags begründet. In dieser Hinsicht ist der Schuldvertrag eine Art VV im Verhältnis zum dinglichen Vertrag. Allerdings besteht kein Bedürfnis für die Anwendung einer VV-Lehre im vorliegenden Fall, denn die Wirkungen beider Vertragsarten sind im Gesetz umfassend geregelt. Für die Systematik des BGB ist das Versprechen zum Abschluß eines dinglichen Vertrags in dem obligatorischen HV enthalten. So hat das Reichsgericht einen "dinglichen VV" zu einer Einigung im Sinne des § 873 BGB als den obligatorischen Vertrag aufgefaßt⁶⁴⁾. Ähnlich weist man heute darauf hin, daß die Verpflichtung zur Bestellung einer Hypothek keinen VV darstellt⁶⁵⁾. Demgegenüber wird die promesse d'hypothèque im französischen Recht wie ein "VV" behandelt⁶⁶⁾. Vergleicht man aber die entsprechenden Tatbestände im deutschen und französischen Recht, so kommt man zu dem Ergebnis, daß die promesse d'hypothèque nicht dem VV, sondern dem Verpflichtungsgeschäft der deutschen Systematik entspricht⁶⁷⁾. Die gleiche Feststellung gilt auch für den KaufVV des französischen und des italienischen Rechts: da die versprochene vente bzw. vendita die Eigentumsübertragung herbeiführt, hat der "KaufVV" die Funktion des deutschen Schuldvertrags⁶⁸⁾.

Die Beispiele des "KaufVV" und der Hypothek zeigen also, daß es auf die Systematik der jeweiligen Rechtsordnung ankommt, ob ein Vertrag, der die Verpflichtung zur Eigentumsübereignung bzw. Rechtsbestellung begründet, als "VV" oder als "HV" aufgefaßt wird. Die Grund Sachverhalte sind die Gleichen: es geht darum, eine Vereinbarung über eine dingliche Änderung von der Einigung über deren Herbeiführung zu unterscheiden. Betrachten wir aber diese Unterscheidung im Kaufrecht näher. In den romanischen Rechten wird sie durch den obligatorischen "VV" (promesse de vente, preliminaire di vendita) und den dinglich wirkenden "HV" (vente, vendita) realisiert. In Deutschland möchte die Lehre vom VV eine dritte Form neben der

63) S. 204 Sp. 1

64) JW 1901, 382 (383): "Eine Verpflichtung zu einer künftigen Einigung ist rein obligatorischer Natur und hat nicht die Bedeutung eines VV".

65) So z.B. PALANDT-DANCKELMANN, Einf. v. § 145 Anm. 4

66) Vgl. oben § 5 I

67) So auch HENRICH, S. 79

68) Vgl. oben § 5 I und II

ohnehin gegebenen Unterscheidung zwischen dem schuldrechtlichen Kauf und dessen Erfüllung im dinglichen Rechtsgeschäft⁶⁹⁾. Der VV zu einem Kaufvertrag wird von der h.L. als selbständige Vertragsform anerkannt und scheint sogar im Rechtsleben oft vorzukommen. Die Bezeichnung "VV" tragen nämlich verschiedene Vereinbarungen zwischen Wohnungsbauunternehmen und Kaufinteressenten, durch welche die Bedingungen für den käuflichen Erwerb einer Eigentumswohnung festgelegt werden.⁷⁰⁾ Diese meistens formularmäßigen^{70a)} "VV" bezwecken die Bindung des Kaufinteressenten, der auf Grund des "VV" mehrere Vorauszahlungen bewirkt. Dagegen wird oft keine "Veräußerungsverpflichtung" des Bauträgers begründet. Dazu kommt die Formnichtigkeit einer beachtlichen Anzahl der überwiegend privatschriftlich geschlossenen "VV" wegen Verstoßes gegen § 313 BGB^{70b)}. Für die rechtliche Qualifikation dieser Vereinbarungen muß man das gesamte Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten berücksichtigen. Der formularmäßige "Kaufanwärter-Vertrag", genannt auch "Kaufanwartschaftsvertrag" wird zwar ausdrücklich als "VV zum Kaufvertrag zur Übertragung eines Wohnungseigentums" bezeichnet, enthält aber eine Fülle von Bestimmungen, welche ihm den Charakter eines "endgültigen" Kaufvertrags geben. Das hat neuerdings das OLG Stuttgart⁷¹⁾ überzeugend dargetan. Durch Auslegung eines privatschriftlichen "Kaufanwärter-Vertrags" ist das Gericht zum Ergebnis gekommen, daß diese Vereinbarung nach ihrem "Gesamtinhalt" keinen VV, sondern einen "echten Grundstückskaufvertrag" darstellt. Mehrere "Fassungen" des Vertrags erweckten den Eindruck, "daß ein Kaufvertrag nicht mehr geschlossen, sondern der bereits geschlossene Kaufvertrag lediglich beurkundet werden müsse". Die Vorauszahlungen sprächen auch für die Annahme eines Kaufvertrags. Die Bedingungen, die "für die gesamte Geschäftsabwicklung Geltung haben" sollten, seien keine Bedingungen eines VV,

69) BRÜGGEMANN, S. 204 Sp. 1, spricht in der Tat von einem dreistufigen Vorgang: VV, HV, Erfüllungsgeschäft.

70) Überblick der gebräuchlichen Vertragsformen neuestens bei WOLF, JZ 1971, 80

70a) Die gemeinnützigen Wohnungsunternehmen benutzen die vom Verband gemeinnütziger Wohnungsunternehmen e.V. herausgegebenen Formulare.

70b) Erst seit der Ausgabe 1970 ist die notarielle Beurkundung der vom Verband gemeinnütziger Wohnungsunternehmen herausgegebenen Formulare vorgesehen, nachdem durch VO vom 21.11.1969 § 12 WGG dahin ergänzt wurde, daß formbedürftige Verträge der gemeinnützigen Wohnungsunternehmen nur formgerecht abgeschlossen werden dürfen.

71) Urt. v. 12.10.1969, NJW 1970, 566.

sondern "echte Kaufvertragsbedingungen". Ein wichtiges Argument gegen die Annahme eines nur den Käufer einseitig bindenden VV sah das Gericht schließlich in den Rücktritts- und Kündigungsbedingungen; sie wären ja "völlig unsinnig", denn der Verkäufer bräuchte sich von einem ihn selbst nicht bindenden "VV" überhaupt nicht loszusagen.

Dieser Entscheidung hat neuerdings WOLF⁷²⁾ im Ergebnis zugestimmt, allerdings im Rahmen der Problematik des § 313 BGB. Anscheinend lehnt WOLF die Qualifikation des strittigen Vertrags als eines "echten Kaufvertrags" ab; ~~er~~ er hält den Abschluß eines VV mit einseitiger Erwerbsverpflichtung für möglich und zulässig⁷³⁾. Andererseits macht er aber den Vorschlag, die ohnehin notariell zu beurkundenden Vereinbarungen über den käuflichen Erwerb einer Wohnung so zu gestalten, daß sie "zugleich Grundlage der späteren Auflassung" sein können⁷⁴⁾. Eine solche Vereinbarung ist doch nicht mehr ein VV im Sinne der h.L., da dieser ausschließlich einen Anspruch auf Abschluß des obligatorischen Kaufvertrags begründen soll. Wie kann man also die Konstruktionsfrage beantworten?

Der Abschluß von "VV" im Grundstücksverkehr wird damit motiviert, daß sich eine Fülle von tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen beim Vertragsabschluß nicht mit Sicherheit überschauen lassen⁷⁵⁾, und daher scheint eine endgültige Bindung nicht angebracht. Indessen kann man bereits in einem "endgültigen" Kaufvertrag die von den noch nicht sicheren Umständen abhängigen Vertragspunkte so gestalten, daß sie nach Maßgabe der §§ 315 ff BGB später zu bestimmen bzw. zu ergänzen sind⁷⁶⁾. Will sich der Verkäufer (Bauunternehmen) etwa bei großen Bauprojekten dennoch nicht "endgültig" binden, solange deren Durchführung nicht gesichert ist, so kann ein entsprechendes Rücktrittsrecht eingeräumt werden⁷⁷⁾. Nachdem die neuere Rechtsprechung verschiedene "VV" der Form des § 313 BGB mehr und mehr unterwirft⁷⁸⁾, verliert die VV-Konstruktion vielleicht den wichtigsten Grund für ihre Anwendung. Möglich wären allerdings folgende Vertragsformen: a) forngerechter "VV", der den Rahmen dem gesamten Schuldverhältnisses stellt, und wobei Einzelpunkte nach Maßgabe der §§ 315 ff BGB formlos bestimmt werden können⁷⁹⁾. Um die ausgeführte Vertrags-

72) JZ 1971, 80 ff

73) WOLF, a.a.O., 81

74) a.a.O., 84

75) Darüber WOLF, a.a.O., 80/81

76) So auch WOLF, a.a.O., 84; vgl. BGH BB 1967, 1394

77) So auch WOLF ebenda

78) Vgl. WOLF, a.a.O., 81/82, 84

79) WOLF, a.a.O., 84 mit Nachweisen

regelung in einem Text zu haben

b) Abschluß eines "HV", der aber auch die Auflassungserklärung enthält⁸⁰⁾.

Den Ansatz zu dieser Konstruktion gibt die Rechtsvergleichung. Im griechischen Recht, in dem auch die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Übereignungsgeschäften gilt, verpflichtet sich der Grundstücksverkäufer auf Grund des VV, das Grundstück zu verkaufen und zu übereignen; diese "doppelte" Verpflichtung wird in einem Rechtsakt erfüllt.⁸¹⁾

Mit der Anwendung dieser Konstruktion im deutschen Recht wird auch das "Durchgriffsproblem" auf einer ungezwungenen Weise gelöst: statt den VV "wider den Parteiwillen" zum HV zu erklären, kann man im "KaufVV" eine "doppelte" Verpflichtung sehen, die dem realen Parteiwillen meist entsprechen würde⁸²⁾. Entscheidend ist nicht die Bezeichnung einer Vereinbarung als VV oder HV, sondern die Einsicht, daß man mit den zweien Vertragsarten Schuldvertrag (bzw. VV mit doppelter Verpflichtung) und dinglicher Vertrag (bzw. HV, der auch eine Auflassungserklärung enthält) ohne ein "tertium" auskommen kann. Das lehrt uns gerade der "KaufVV" der romanischen Rechte, der in Deutschland vermeintlich als Beispiel für die "universelle" Brauchbarkeit des VV-Begriffs herangezogen wird. Nicht nur der "VV zu einem dinglichen Vertrag" ist entbehrlich - da er im Schuldvertrag enthalten ist, sondern auch der VV zu einem Schuldvertrag reicht als Grundlage für das Übereignungsgeschäft aus, wenn er formgerecht abgeschlossen worden ist⁸³⁾.

Zum Schluß eine Bemerkung zur verschiedenen Situation im Fahrniskauf. Die heutige Lehre vom VV vermag nämlich kein praktisches Beispiel eines VV zum Kauf einer beweglichen Sache vorzubringen. Der Grund ist einfach: für den entsprechenden Zweck, der bei Grundstücken zur VV-Konstruktion führt, bedient sich die Praxis hier des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt. Nicht von ungefähr spricht man in beiden Fällen von einer "Anwartschaft". Doch hat die Anwartschaft des Käufers einer beweglichen Sache weitgehend dingliche Wirkung, während die Anwartschaft des Käufers aus dem "Kaufanwartschaftsvertrag" schuldrechtlicher Natur ist. Wiederum kann letztere Anwartschaft durch Eintragung

80) Vgl. § 925 a BGB, nach dem die gem. § 313 S. 1 BGB erforderliche Urkunde gleichzeitig mit der Abgabe der Auflassungserklärung errichtet werden kann.

81) Vgl. oben § 4 I

82) So kann man übrigens die Lösung WOLFs auffassen, der meint, die Verträge über den käuflichen Erwerb einer Wohnung könnten so gestaltet werden, daß sie "zugleich Grundlage der späteren Auflassung" sein können.

83) So wird vielleicht die Auffassung KADUKs (bei STAUDINGER, § 313 Anm. 8) verständlich, der Grundstückskauf als HV sei formlos gültig, ja überflüssig, wenn der VV formgerecht abgeschlossen wurde.

einer Vormerkung "verdinglicht" werden⁸⁴⁾; demgegenüber bleibt die Anwartschaft des Vorbehaltskäufers eine "schwächere" Rechtsposition.

E. VV zu einem familien- oder erbrechtlichen Geschäft

Die familien- und erbrechtlichen Geschäfte kennzeichnen sich dadurch, daß ein personenrechtliches Element im Vordergrund steht, während eventuelle vermögensrechtliche Verschiebungen oder Verpflichtungen nicht als primäre Auswirkungen gelten. Man spricht auch von Statusgeschäften⁸⁵⁾. Die inhaltliche Ausgestaltung solcher Geschäfte ist der Privatautonomie zum größten Teil entzogen. So ist es leicht zu erklären, warum die VV-Lehre den VV zu diesen Geschäften nicht zugelassen hat. Hier zeigt sich wieder eine Parallele zur Bedingungslehre: bedingungsfeindliche Geschäfte vertragen grundsätzlich auch keinen VV, durch den eben ihre Wirkungen vorweggenommen oder hinausgeschoben werden können. So ist etwa die Adoption bedingungsfeindlich (§ 1742 BGB) und der VV zu derselben unwirksam⁸⁶⁾. Die Eheschließung kann nicht bedingt erfolgen (§ 13 II EheG); konsequenterweise wird das Verlöbniß im Gesetz nicht als VV behandelt⁸⁷⁾; es begründet keinen Anspruch auf Eheschließung⁸⁸⁾. Die Selbständigkeit beider Rechtsinstitute zeigt sich auch am Umfang des Schadensersatzanspruchs bei Auflösung des Verlöbnisses: der Berechtigte kann nicht verlangen, was er bekommen hätte, wenn die Ehe geschlossen wäre (§ 1298 BGB). Dagegen ist beim VV das Erfüllungsinteresse aus dem HV zu ersetzen.

Dem Ehevertrag kann ein anderer Vertrag vorangehen, der zu dessen Abschluß verpflichtet⁸⁹⁾. Das Reichsgericht hat eine solche Vereinbarung als VV bezeichnet und der notariellen Form des Ehevertrags unterworfen⁹⁰⁾. Doch handelt es sich hier nicht um einen VV im Sinne der Lehre vom VV; der Ehevertrag ist kein Schuldvertrag, sondern vielmehr eine Art Verfügung⁹¹⁾, so daß der vermeintliche VV den "obligatorischen Vertrag" dazu darstellt⁹²⁾.

Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichten soll, ein Testament

84) Zu den Unterschieden zwischen dinglichem Recht und durch Vormerkung gesichertem Anspruch vgl. DULCKEIT, die Verdinglichung obligatorischer Rechte (1951), S. 24 f

85) Vgl. LARENZ, ALLT § 24 II S. 327; FLUME, § 11, 2 S. 134/135

86) GERNHUBER, FamR § 62 I 4 S. 666

87) Zur Bezeichnung des Verlöbnisses als VV vgl. oben § 3 I

88) § 1297 BGB, vgl. §§ 888, 894 II ZPO

89) PALANDT-LAUTERBACH, § 1410 Anm. 1b; a.A. BRÜGGEMANN S. 204

90) RG 48, 186

91) Zur Vieldeutigkeit des Begriffs vgl. FLUME, § 11, 5 S. 141

92) So v. TUHR, Bd. II, 1, S. 493 Anm. 226

bestimmten Inhalts zu errichten, ist wegen Verstoßes gegen das Prinzip der Testierfreiheit (§ 2302 BGB) unwirksam⁹³⁾.

Der Erbvertrag stellt weder ein Verpflichtungs- noch ein Verfügungsgeschäft, sondern einen erbrechtlichen Vertrag dar.⁹⁴⁾ Eine Verpflichtung zum Abschluß eines solchen Vertrags ist unwirksam und kann nichtig als VV bezeichnet werden⁹⁵⁾. Das gilt auch für den Erbverzichtsvertrag.

Schließlich verträgt ein Hofübertragungsvertrag keinen VV; der vom BGH anfänglich konstruierte stillschweigende VV zu einer Hofübertragung wurde vom Schrifttum abgelehnt und von den späteren Entscheidungen zur gleichen Frage aufgegeben⁹⁶⁾.

F. Prozessuale Fragen

Der Anspruch auf die Leistung des Vorvertrags, die geschuldete Willenserklärung, wird mit der Leistungsklage auf Abgabe der Erklärung geltend gemacht. Wird der Beklagte auf die Klage zur Abgabe einer Erklärung verurteilt, so gilt diese Erklärung mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben, § 894 ZPO.

Angesichts dieser Regelung erscheint es ausgeschlossen, daß das Urteil nach § 888 ZPO vollstreckt werden könnte, nämlich durch Geld oder Haftstrafe bis zur Abgabe der Erklärung. Immerhin wird in der Rechtsprechung der Satz vertreten, eine Vollstreckung nach § 888 ZPO sei dann zulässig, wenn der Weg über § 894 ZPO "der besonderen Lage des Falles nicht gerecht wird"⁹⁷⁾. Aber diese Ausnahme bezieht sich auf den Fall, daß die Errichtung eines schriftlichen Vertrags verlangt wird, und die schriftliche Errichtung kann nur nach § 888 ZPO erzwungen werden^{97a)}.

93) BRÜGGEMANN, ebda.; vgl. BGH NJW 1967, 1126

94) PALANDT-KEIDEL, Überbl. v. § 2274 Ann. 2; FLUME, § 11 6 S. 146

95) BRÜGGEMANN, ebda.

96) Siehe oben § 2 V 5d

97) BGE WM 1961, 1053 (1055), berichtet oben § 2 III 1 c S. 29

97a) Im entschiedenen Fall war der Vorvertrag übrigens derart lückenhaft, daß die Klage m.E. deshalb hätte abgewiesen werden müssen, siehe unten S. 241.

a) Ein besonderes Problem besteht darin, ob der VV-Gläubiger im Prozeßweg zunächst die Abschlußerklärung des HV herbeiführen muß, ehe er auf die Leistung des HV klagen kann. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, beide Klagen könnten kumuliert werden⁹⁸⁾. Es scheint hiernach, daß das Prozeßrecht die erwünschte Möglichkeit bietet, den Umstand des HV-Abschlusses praktisch auszuschalten. Auf diese Weise wäre es in der Tat möglich aus dem VV in einem und demselben Prozeß auf die HV-Leistung zu klagen. Leider trifft dies nicht in vollem Umfang zu: wird etwa der Beklagte zur Abgabe der HV-Erklärung und zu der sofort fälligen Leistung verurteilt, so kann die Verurteilung zur Leistung auf keinen Fall vor Rechtskraft der Verurteilung zur Vertragserklärung vollstreckbar sein. Auch hier zeigt sich noch daß das Erfordernis des Vertragsschlusses für die Leistungspflicht unausweichlich bleibt.

b) Ist es hiernach dem Prozeßrecht nicht möglich eine Bereinigung der VV-Problematik zu erreichen, so muß andererseits die volle Berechtigung der Ersetzung der geschuldeten Willenserklärung auf einem anderen Gebiet betont werden. Es handelt sich um die Abgabe von dinglich wirkenden Erklärungen, also um den Bereich, in welchem der VV-Begriff in deutschem Recht von vornherein ausscheidet. Tatsächlich beabsichtigte der Gesetzgeber der ZPO mit den Bestimmungen in § 894 gerade eine Regelung dieser Fälle.

98) HENRICH, S. 184 ff: "uneigentliche Eventualhäufung".

In der Begründung des Entwurfes einer ZPO heißt es⁹⁹⁾: "Der Zwangsvollstreckung werden durch § 725¹⁰⁰⁾ noch die Fälle entzogen, in denen der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, da an Stelle der Erklärung das rechtskräftige Urteil gilt". Die Bestimmung wiederholte und verallgemeinerte Regelungen von Partikulargesetzen¹⁰¹⁾, welche die Ersetzung der Einwilligung in Eintragungen bzw. Änderungen im Grundbuch durch Urteil vorschrieben. Dem ursprünglichen Text des ersten Absatzes wurde später ein zweiter Satz zugefügt, der die Fälle betraf, bei denen die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängt. Als Anwendungsfall hierfür wurde die "Eintragung in das Grundbuch gegen Zahlung" erwähnt¹⁰²⁾. Beim neuen Satz war noch der Zeitpunkt problematisch, in dem die Wirkung der Bestimmung (Fiktion) eintritt. In der Revision der zweiten Lesung einigte man sich dahin, die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils als maßgebenden Zeitpunkt zu setzen¹⁰³⁾.

Die Ausführungen der Materialien lassen darauf schließen, daß die Verfasser der ZPO mit dem § 799 (jetzt 894) grundsätzliche Fragen der Grundbuchpraxis vor Augen hatten, ohne an die systematische Besonderheit der Bestimmung zu denken. Das bestätigt die nachträgliche Einführung¹⁰⁴⁾ des § 897 ZPO, der die entsprechende Problematik bei beweglichen Sachen behandelt¹⁰⁵⁾. Beide Vorschriften hatten aber einen tieferen Effekt: sie stellten die theoretische Übereinstimmung in einem wichtigen Bereich des deutschen Zivilrechts her, die mit der durch v. SAVIGNY eingeführten Trennung zwischen obligatorischem und dinglichem Vertrag gestört worden war. Es handelt sich um den Grundsatz, daß der Gläubiger bei jedem Schuldverhältnis einen Anspruch auf Naturalerfüllung hat¹⁰⁶⁾. Mit der Fiktion des § 894

99) Materialien (Hahn), Bd. II (1), S. 466

100) Entspricht dem § 894 I 1 und II ZPO

101) Preußische Gesetze v. 24.5.1853 § 32, v. 21.3.1868 § 96, v. 5.5.1872 §§ 3, 19 Nr. 2, 60, 65 Abs. 2

102) Materialien, a.a.O., S. 865

103) Materialien, a.a.O., S. 1156

104) Zusatz zu § 799 als § 799c (November 1898)

105) Vgl. Materialien zur Civilprozeßordnung, Berlin 1898, Bd. I, S. 262 f

106) Daß dieser Grundsatz für das deutsche Recht charakteristisch ist, vgl. ZWEIGERT-KÖTZ, Einführung II, S. 165 ff

ZPO wurde das Vertragssystem insofern vervollständigt, als ohne diese Bestimmung der Erfüllungsanspruch dem Käufer mit dem Argument illusorisch gemacht werden könnte, vorher müsse ein dinglicher Vertrag abgeschlossen werden, was allerdings eine besondere Vereinbarung fordere. Gerade ein analoges Argument ist aber der "Motor" für die Entwicklung des VV in den romanischen Rechten. Wie BLOMEXER in der Studie über die *promesse de vente* dargetan hat, resultiert die Problematik des VV aus der Ummünzung der Verpflichtung des Verkäufers aus einer *obligatio dandi* in eine *obligatio faciendi*; so konnte etwa ein Grundstückskauf, der keinen Barkauf darstellte, leicht in ein *pactum de vendendo* "umgedeutet" werden, so daß man mit Berufung auf das naturrechtliche Prinzip "*nemo cogi potest ad factum*" dem Käufer höchstens einen Schadenersatzanspruch zugestand. Art. 1589 Code civil gab eine Lösung, die dem Fiktionsverfahren nahe steht: die *promesse de vente* gilt als *vente*, wenn sich die Parteien über Sache und Preis geeinigt haben. Da die *vente* sachenrechtlich wirkt, kann der Käufer immer die Herausgabe der Sachen verlangen¹⁰⁷⁾. In Italien begründete früher die *promessa di vendita*, die gegenüber einem sachenrechtlich wirkendem Kauf die Aufgabe des deutschen Schuldvertrags erfüllt, nur einen Anspruch auf Schadenersatz, da der Abschluß des endgültigen Kaufs als Handlung nicht erzwungen werden konnte. Gemäß Art. 2932 codice civile ist es nunmehr möglich, daß der Käufer auf Grund der *promessa di vendita* die Herausgabe der Sachen verlangen kann, nachdem er ein Urteil erwirkt hat, das an die Stelle des endgültigen Kaufvertrags tritt. Im deutschen Recht wird das Forderungsrecht des Käufers nicht als Anspruch auf "Herausgabe allein", sondern als Anspruch auf Abgabe der Übereignungserklärung und Herausgabe der Sache aufgefaßt¹⁰⁸⁾. Die Fiktion des § 894 ZPO macht das Zustandekommen des dinglichen Vertrags ohne Zutun des Verkäufers auf ähnliche Weise möglich, wie der das Eigentum übertragende *contratto definitivo* durch Urteil gemäß Art. 2932 codice civile ersetzt werden kann.

§ 894 ZPO hat also für das deutsche Vertragssystem ohne den VV die analoge Funktion, welche Art. 1589 code civil und 2932 codice civile für die entsprechenden Vertragssysteme mit Berücksichtigung des "VV" haben. Die Parallele gilt auch für die Sonderfälle in § 894 Abs. I S. 2 ZPO und Art. 2932 Abs. 2 codice civile: beide Regelungen gehen davon aus, daß die uneingeschränkte Eigentumsübertragung

107) Vgl. aber die Anerkennung einer obligatorisch wirkenden *promesse unilatérale de vente*, oben § 5 I

108) LENT-JAUERNIG, Zwangsvollstreckungsrecht, § 26 IV S. 88 ff, § 28 S. 95

(besonders bei Grundstücken) erfahrungsgemäß erst nach (oder gleichzeitig mit der) Bewirkung der Gegenleistung erfolgt. Zu Unrecht meint deshalb HENRICH¹⁰⁹⁾, die Vorleistung, von der die §§ 894 I 2, 726 II ZPO reden (?), sei im Gegensatz zum italienischen Recht keine Leistung des HV, in beiden Fällen geht es vielmehr darum, eine Vorleistung etwa des über ein Grundstück Verfügenden zu verhindern, gleichgültig ob man die vertragliche Grundlage der Verfügung "VV" (wie in Italien) oder HV (Deutschland) nennt.

§. Die Form des VV

Der differenzierenden Meinung in der VV-Lehre über die Form des VV liegt, wie wir gezeigt haben^{109a)}, kein eigentlicher Rechtssatz zugrunde, denn sie besagt nicht mehr, als daß bei analoger Anwendung einer Rechtsbestimmung ihr Zweck zu berücksichtigen ist. Insofern wäre eine Kritik an dieser "Regel" gegenstandslos. Bedenken erweckt dagegen die Ansicht, der VV zu einem formbedürftigen HV sei formlos gültig, wenn die Formvorschrift (bloß) eine Beweisfunktion hat. Denn das BGB kennt keine Unterscheidung zwischen Formvorschriften ad probationem und ad substantiam. Daß die Formen des BGB grundsätzlich dem Begriff der Form ad substantiam zu subsumieren sind, zeigt sich in der Bestimmung des § 125, obgleich einzelne Formvorschriften auch Beweiszwecke verfolgen¹¹⁰⁾. Wenn aber der Gesetzgeber das formwidrig vorgenommene Rechtsgeschäft für nichtig erklärt, so kann man nicht - auch bei der sog. "Beweisform" - auf dem Weg über einen formlosen VV die Existenz einer Verbindlichkeit anders beweisen, als eben der Gesetzgeber gewollt hat. Der wichtigste Anwendungsfall der Differenzierung ist § 566 BGB: Rechtsprechung und großer Teil der Doktrin halten den formlosen VV zu einem mehrjährigen Mietvertrag für rechtswirksam. Zur Begründung wird die Entstehungsgeschichte des § 566 BGB herangezogen: die Schriftform wurde im Hinblick auf § 571 BGB angeordnet, um dem Grundstückserwerber die Möglichkeit zu geben, sich über die auf ihn übergehenden Verpflichtungen zu informieren¹¹¹⁾. Indessen bemerkt man heute, daß dies kein zwingendes

109) S. 188 f

109a) oben § 3 II

110) Vgl. dazu ZWEIFERT-KÜTZ, Einführung, S. 49

111) RG 86, 30; BGH LM § 566 BGB (1)

Argument ist¹¹²⁾. Vielmehr plädieren immer mehr Autoren für die Übertragung der Form des § 566 BGB auf den VV¹¹³⁾. Zu diesem Streit ist folgendes zu sagen:

§ 566 BGB betrifft nicht die Begründung, sondern nur die Dauer des Mietverhältnisses; der mündlich geschlossene Mietvertrag ist voll wirksam, kann aber nach Ablauf des ersten Jahres trotz entgegenstehender Vereinbarung frei gekündigt werden, als wäre er für unbestimmte Zeit abgeschlossen. Als MietVV qualifiziert man meistens mündliche oder zum Teil beurkundete Abmachungen des Inhalts, daß ein (schriftlicher) Mietvertrag abgeschlossen werden soll. Es wird jedoch im Sinne des Parteiwillens liegen, wenn man solche Abmachungen als endgültige Mietverträge mit Abrede späterer schriftlicher Fixierung auffaßt¹¹⁴⁾. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat der BGH entschieden, daß § 566 BGB der Wirksamkeit einer derartigen Abmachung nicht entgegensteht, und daß jede Partei berechtigt ist, "gegen die andere auf Abschluß des schriftlichen Vertrags zu klagen und sich gegenüber einer etwaigen unberechtigten Kündigung auf Arglist zu berufen"¹¹⁵⁾. Interessanterweise hat der BGH die Rüge der Revision, für die Annahme eines MietVV müßten besondere Gründe vorliegen, als irrelevant zurückgewiesen, denn es handelt sich eben nicht um einen VV, sondern um einen endgültigen Mietvertrag.

Im Ergebnis hat es also wenig Sinn, über die Form des MietVV angesichts des § 566 BGB zu streiten; die Annahme eines VV ist ohne Belang, wenn man in der Vereinbarung "wir wollen einen Mietvertrag bestimmten Inhalts abschließen" eine verbindliche Abmachung über die Nachholung der Form erblicken kann¹¹⁶⁾. In der Meinung, die Form des § 566 BGB sei auf den VV zu übertragen, widerspricht sich das Mißtrauen gegen die VV-Konstruktion, die oft für nicht abgeschlossene

112) HENRICH, 154, der allerdings mit anderen Argumenten der h.M. folgt; FLUME, § 33, 7 S.616, der mit Recht fragt, ob dann nicht eine Beschränkung des Formerfordernisses nur gegenüber dem Grundstückserwerber genügt hätte.

113) Angeführt oben § 3 II 6 Anm. 180

114) Vgl. BGH LM § 305 BGB (3), oben § 2 III 1 a bb).

115) BGH Urteil v. 27.11.1963 LM § 566 BGB (11); vgl. schon BGH LM § 242 BGB (Ca 1)

116) Die Abrede braucht nicht ausdrücklich zu sein, sondern sie kann auch stillschweigend getroffen werden, BGH LM § 566 BGB (11)

Vorverhandlungen herangezogen wird¹¹⁷⁾.

Umstritten sind aber auch die anderen Fälle, in denen die Form des HV für den VV nicht gelten soll¹¹⁸⁾. Es handelt sich in aller Regel um mündliche Vereinbarungen, die keineswegs eindeutig und zwingend als VV qualifiziert werden können. So ist etwa die Vereinbarung über die Begründung eines abstrakten Schuldversprechens kein VV zu einem abstrakten Schuldversprechen, denn der Gläubiger muß im Weigerungsfall seinen Anspruch auf die zugrunde liegende Verpflichtung des Schuldners stützen¹¹⁹⁾. Ähnlich ist das formlose pactum de cambiando nicht als VV rechtsverbindlich; vielmehr geht es um eine auch im Ausland geltende eigene Norm des Rechts der Wertpapiere, nach der Abreden über die Ausstellung eines Wechsels binden. Hinsichtlich der Form des pactum de cambiando ist die Annahme eines VV also irrelevant^{119a)}.

Das Paradebeispiel für einen formlosen VV zu einem formbedürftigen HV bildet seit langem das pactum de emendo, in dem sich ein Interessent zum Kauf eines Grundstücks verpflichtet¹²⁰⁾. Die Begründung liegt darin, daß § 313 denjenigen Schützen wollte, der sich zur Übereignung des Grundstücks verpflichtet, und daß deshalb die einseitige Vertragspflicht zum Grundstückserwerb in einem formlosen VV begründet werden könne.

Freilich wird diese Begründung in neuerer Zeit immer fragwürdiger. Das zeigt etwa die Beurteilung eines wegen Formmangels ungültigen Vertrags, wenn gerade der Verkäufer nachträglich auf seinem Verkaufswillen besteht und zur notariellen Erklärung bereit ist. Hier zeigt sich, daß auch der Käufer von § 313 geschützt wird, wenn er auf der Nichtigkeit besteht und einen Neuabschluß verweigert. Gleichwohl, bis zur Formbedürftigkeit des pactum de emendo bei Grundstücken ist es de lege lata noch nicht gekommen.

117) Vgl. etwa den Sachverhalt bei BGH LM § 256 ZPO (40), oben § 2 III 1 b bb).

118) Vgl. oben § 3 II 6.

119) In diesem Sinne auch FLUME, §.33 7 S. 616.

119a) METZDORF (26 ff.), der die VV Konstruktion beim pactum de cambiando ebenfalls ablehnt, weist darauf hin, daß das Verhältnis zwischen pactum de cambiando und Wechsel nicht dem Verhältnis zwischen VV und HV, sondern demjenigen zwischen obligatorischem und dinglichem Vertrag entspricht. Auch in Italien ist umstritten, ob das pactum de cambiando ein con-

Vielmehr hat die Rechtsprechung einen anderen Weg eingeschlagen. Sie nimmt an, daß ein "KaufVV" für Grundstücke im Zweifel als beiderseitig verpflichtend gemeint sei¹²¹⁾, und daß für die Einseitigkeit des Vertrags "besondere Umstände von eindeutigem Aussagewert" vorliegen müßten¹²²⁾. Interessanterweise hat das OLG Stuttgart einen ziemlich deutlich abgefaßten "Kaufanwärtervertrag" als "echten Grundstückskaufvertrag" qualifiziert und damit der Form des § 313 unterworfen^{122a)}.

Neuestens hat die Bayerische Staatsregierung dem Bundesrat einen Gesetzesentwurf eingereicht, wonach § 313 Satz 1 BGB lauten soll: "Ein Rechtsgeschäft, das eine Verpflichtung zum Erwerb oder zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück enthält, bedarf der notariellen Beurkundung". (Bundesratsdrucksache 49/71). Auf diesem Weg wäre das Formproblem für die erwähnten Fälle aus der Welt geschafft.

Zusammenfassend ergibt sich, daß die differenzierende Auffassung über die Form des VV zwar die Möglichkeit eines formlosen VV zu einem formbedürftigen HV offen läßt; im einzelnen führt sie aber zu keinem unzweifelhaften Beispiel eines solchen VV, weil der Gedanke über den VV werde die Formbestimmung umgangen, trotz aller Toleranz gegenüber dem VV-Begriff bestehen bleibt.

H. Die inhaltliche Bestimmtheit

I. In dieser Frage will die Lehre vom VV eine Abweichung von den Grundsätzen der allgemeinen Vertragslehre aufweisen. Bedeutet aber der Satz, daß an einen VV hinsichtlich der Vollständigkeit der vertraglichen Regelung geringere Anforderungen zu stellen seien, als an einen HV, eine tatsächliche Ausnahme von den Regeln über den Vertragsschluß und über die ergänzende Vertragsauslegung?

Man muß unterscheiden:

- a) In dieser Allgemeinheit ist der Satz nicht akzeptabel, denn er überschreitet, wie FLUME überzeugend dargetan hat¹²³⁾, die Grenzen der Privatautonomie.
- b) Wo die Gerichte auf Grund dieser Regel zu einem wirklich anderen

tratto preliminare darstellt, vgl. oben § 5 II.

120) Siehe oben S. 88.

121) OLG Stuttgart, MDR 1968, 419

122) OLG Köln, Das gesamte Miet- und Wohnungsrecht, E Gr. 4, Nr. 205

122a) NJW 1970, S. 566 (567)

123) FLUME § 33 7 S. 615; vgl. auch WABNITZ, S. 169

Ergebnis gekommen sind, als wenn sie die allgemeinen Prinzipien angewendet hätten, hat man im neuen Schriftum zum VV scharf widersprochen¹²⁷⁾.

c) In den meisten Fällen haben die Gerichte allerdings trotz der Heranziehung dieser Regel nach den allgemeinen Grundsätzen entschieden; die Annahme eines VV spielte dabei keine praktische Rolle¹²⁸⁾.

Diese Situation gebietet eine systematische Klarstellung der Problematik. Haben die Parteien nicht über alle möglichen Punkte einer Vereinbarung eine Regelung getroffen, so stellen sich zwei scharf zu unterscheidende Fragen:

1. ob ein Vertrag überhaupt zustandegekommen ist, und bei Bejahung dieser Frage 2. wie die Regelung der "offen" gelassenen Punkte zu ermitteln ist.

Die erste Frage gehört zur Lehre vom Vertragsschluß, die zweite zur Lehre von der Auslegung der Willenserklärung¹²⁸⁾.

Zur Beantwortung der ersten Frage steht uns die Auslegungsregel im § 154 I 1 BGB zur Verfügung: ein Vertrag kann zustandegekommen sein, wenn sich die Parteien trotz einer nur partiellen Übereinstimmung zweifelloos vertraglich binden wollten (§ 154 I 1 BGB e contrario). Wollten sie ferner die noch ausstehende Regelung einverständlich treffen¹³⁰⁾, so unterscheidet man zwischen dem nicht ausgeführten und dem zur Ausführung gelangten unvollständigen Vertrag¹³¹⁾. Wenn die Parteien sich nicht einigen können, so ist der Vertrag im ersten Fall hinfällig¹³²⁾, während im zweiten Fall der Vertrag nach Treu und Glauben aufrechterhalten werden kann¹³³⁾. Diese Regeln gelten für jeden Vertrag, also auch für den VV. Eine Differenzierung zwischen VV und HV kann nicht ihre Basis aufden für ihr Zustandekommen unterschiedlichen Voraussetzungen haben. Vielmehr dürften der unvollständige "VV" und der vom § 154 I 1 BGB vorgesehene "Ausnahmefall" begrifflich zusammenfallen. Charakteristisch meint BRÜGGEMANN, ein VV komme in Betracht, "wenn einzelne Punkte (des abzuschließenden Vertrags) in der Ausformulierung noch klärungsbedürftig sind";

127) So etwa gegenüber der Entscheidung RG JW 1938, 2742=SeuffA 92, 328: HENRICH, S. 135 ff; WABNITZ, S. 93 ff

128) Vgl. etwa die Ausführungen HENRICHS zum KaufVV, S. 119 ff

129) Zur Verwischung beider Fragen in der VV-Lehre siehe im folgenden (II)

130) D.h., wenn keiner der Fälle in den §§ 315 ff BGB vorliegt.

131) FLUME, § 34 6 S. 628 ff

132) FLUME, a.a.O., S. 628

133) BGH LM § 154 BGB (2)

"die Parteien gehen dann davon aus, daß die Klärung auf der Linie des Vertrags ...bereits vorgezeichnet sei und deshalb kein Bedenken obwalte, mit diesem Vorbehalt sich vorvertraglich zu binden"¹³⁴⁾. Kaum anders vorstellbar ist die Argumentation auch bei dem verbindlichen, doch unvollständigen Hauptvertrag!

Man kann also in unserem Ausgangsfall ohne die Konstruktion des VV auskommen. Eine Vereinbarung über den Abschluß eines "endgültigen Vertrages" würde bei Annahme einer verbindlichen Abmachung bedeuten, daß die bereits getroffene Regelung mit den später festzulegenden "Einzelheiten" in einem Akt (meistens schriftlich) zusammengefaßt werden soll.

Steht das Zustandekommen eines Vertrags im Ausgangsfall fest, so fragt sich, wie die Vertragslücken¹³⁵⁾ auszufüllen sind. Ein Hauptproblem der Vertragsergänzung liegt im Verhältnis zwischen der ergänzenden Vertragsauslegung und den dispositiven Rechtsnormen¹³⁶⁾. Nach einer Meinung hat die ergänzende Vertragsauslegung den Vorrang vor der Anwendung des dispositiven Rechts¹³⁷⁾; nach einer anderen gilt das Gegenteil¹³⁸⁾. Eine gewisse Synthese der widersprechenden Ansichten bringt die Auffassung, die auf das Verhältnis der zu ergänzenden Vereinbarung zum gesetzlich geregelten Vertragstypus abstellt¹³⁹⁾; die ergänzende Auslegung greift ein, nur soweit der konkrete Vertrag vom gesetzlich geregelten Typus abweicht.

Diese Grundsätze sind ~~in~~ allen Verträgen gemeinsam. Eine Absonderung des VV könnte im Hinblick auf das Atypische gemacht werden, was aber nicht zu dem zwingenden Satz führen kann, beim VV habe stets die ergänzende Vertragsauslegung vor auszugehen. Indessen hat die VV-Lehre einen eigenen Weg eingeschlagen: der Inhalt des HV sei "nach Maßgabe des § 287 ZPO" und unter Berücksichtigung des "vermutlichen Parteiwillens" festzustellen¹⁴⁰⁾. Dieser Satz der Rechtsprechung ist in mehrere Gesamtdarstellungen aufgenommen worden¹⁴¹⁾; dem ist jedoch

134) BRÜGGEMANN, S. 205 Sp. 1

135) Keine Lücke liegt vor, wenn die Vereinbarung ein bestimmtes Verfahren zur Regelung der offen gelassenen Punkte angibt (vgl. §§ 315 ff BGB)

136) Vgl. SANDROCK, Ergänzende Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht (1966)

137) Nachweise bei LARENZ, NJW 1963, 737

138) HENCKEL, AcP 159, 106

139) FLUME, § 16 4 S. 325; LARENZ, NJW 1963, 740/741

140) RG JW 1938, 2742; BGH LM § 705 BGB (3)

141) So vor allem die Kommentare zu den §§ 705 BGB, 23 (früher 16) AktG, 2 GmbHG

nicht zu folgen. Die Heranziehung des § 287 ZPO ist wenig glücklich¹⁴²⁾ und steht in der Dogmatik der Vertragsauslegung vereinzelt da, während die Formel von dem "vermutlichen Parteiwillen" nicht verwendet werden sollte, denn sie bedeutet je nach Auffassung (subjektivistische oder objektivistische) immer etwas anderes¹⁴³⁾.

II Eine Verwischung der Problematik ergibt sich in der VV-Lehre durch die "prozessuale Affassung"¹⁴⁴⁾ der inhaltlichen Bestimmtheit des VV. Die Formel "vom VV sei ein solches Maß an Bestimmtheit zu verlangen, daß im Streitfall der Inhalt des abzuschließenden Vertrags vom Richter festgesetzt werden kann"¹⁴⁵⁾ scheint eine ungefährliche Trivialität¹⁴⁶⁾ darzustellen, in Wirklichkeit ist sie aber falsch, weil die materiellrechtlichen Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Vertrags nicht etwa von ihrer Beweisbarkeit im Prozeß abhängen.

Das Bestimmtheitsproblem hat ferner eine interessante prozessuale Implikation: die für die VV-Lehre als deus ex machina fungierende Bestimmung im § 894 ZPO wird dem inhaltlich nur zum Teil bestimmten VV nicht immer gerecht. In der Entscheidung BGH WM 1961, 1053 hat der BGH ein (Leistungs-)Urteil auf "Mitwirkung beim Abschluß (d.h. bei der Ausformulierung!) des HV" bestätigt, welches "notfalls" nach § 888 ZPO zu vollstrecken wäre. Der Kläger hatte verständlicherweise keine Verurteilung auf Zustimmung zu einem bestimmten Vertragsentwurf beantragt, weil der "VV" weder die Dauer noch wichtige Details des in Aussicht genommenen Mietvertrags feststellen ließ. Die Parteien müßten sich eben noch darüber einigen! M.E. hätte der BGH das angefochtene Urteil aufheben müssen, auch wenn die strittige Vereinbarung für verbindlich zu halten wäre: der Antrag des Klägers entbehrte im Hinblick auf eine Vollstreckung nach § 888 ZPO der notwendigen Bestimmtheit (§ 253 II Ziff. 2 ZPO), wie die Revision

142) Ebenso dagegen HENRICH, S. 141

143) Vgl. statt aller FLUME, § 16 4 d S. 327. Gegen diese Formel im Recht des VV HENRICH, S. 141

144) Derer Anfänge sind auf die gemeinrechtliche Lehre zurückzuführen, vgl. die Nachweise bei WABNITZ, S. 73

145) Seit RGZ 66, 116 (121) in fast allen Entscheidungen über den VV; vgl. HENRICH, S. 119

146) Zwar äußert sich das Reichsgericht in der RGZ 66, 116 ausdrücklich darüber, daß die VV, "was die an ihrem Inhalt zu stellenden Anforderungen betrifft", "unter den allgemeinen Vertragsgrundsätzen" stehen. Später aber hat die Formel den Sinn bekommen, an die VV seien geringere Anforderungen zu stellen als an den HV, so der BGH LM § 705 BGB (3)

mit Recht geltend gemacht hatte. Der BGH meinte dennoch, der Antrag sei genügend bestimmt, denn er enthalte alles, was zum Inhalt eines Mietvertrags gehört. Sache des Beklagten würde gewesen sein, im einzelnen darzulegen, in welcher Beziehung es erforderlich sei, den Mietvertrag zu ergänzen (!). Die *petitio principii* ist offensichtlich: der Beklagte sollte Vorschläge zur Ergänzung eines Vertrags machen, den er für nicht zustandegekommen hielt.

Diese Entscheidung des BGH ist ein warnendes Beispiel dafür, wohin die Annahme eines *ius singulare* für den VV führen kann. der Weg über den VV darf nicht zur Aufhebung von immanenten Prinzipien des materiellen und des Prozeßrechts dienen. Für die Vertragsergänzung gilt immer, daß sie nicht zur Begründung, sondern zur Ausführung eines Vertragsverhältnisses eingreift. Für die Durchsetzung eines Anspruches im Prozeß gilt, daß "gegenstand" und "Grund des Anspruchs" in der Klage enthalten sein müssen (§ 253 II Ziff. 2 ZPO). Eine (analoge) Anwendung des § 287 ZPO für den Fall des unvollständigen Vertrags widerspricht der teleologie des Gesetzes.

III. Der Satz von der geringeren Bestimmtheit des VV scheint sich besonders im Gesellschaftsrecht zu bewahren. Rechtsprechung und Lehre verlangen etwa vom VV auf Errichtung einer Kapitalgesellschaft nicht, daß er alle notwendigen Vertrags- bzw. Satzungspunkte (§§ 23 III AktG., 3 I GmbHG) enthält¹⁴⁷⁾. Indessen handelt es sich hierbei nicht um eine Frage der VV-Lehre, sondern um eine spezielle Problematik des Gesellschaftsrechts, von der im folgenden die Rede sein wird.¹⁴⁸⁾

I. Insbesondere der Kaufvorvertrag

Praktisch wird heute ein VV zum Verkauf beweglicher Sachen überhaupt nicht und zum Grundstücksverkauf ebenfalls nicht abgeschlossen, weil der VV formbedürftig wäre und die notarielle Verkaufsofferte oder gar der bedingte HV für die Parteien zweckmäßiger sind. Ein VV mit der einseitigen Erwerbspflicht des Grundstückskäufers dürfte in dem Fall obsolet werden, in dem auch hier die Form des § 313 BGB vorgeschrieben wird.¹⁴⁹⁾ Auf jeden Fall sollte man aus der

147) Nachweise bei WABNITZ, S. 89 ff und HENRICH, S. 133, 134/135; vgl. RGZ 156, 129.

148) Unten L.

149) Vgl. den oben erwähnten Gesetzesentwurf über die Änderung des § 313 I BGB

Verpflichtung zum contrahere keine besonderen Schlüsse ziehen: weder die Form noch die inhaltliche Bestimmtheit solcher Verträge kann besonderen Regeln unterliegen.

Die Fälle des Ankaufsrechts teilen die Problematik der einseitigen Bindungen, die man heute als Optionsvereinbarungen zu bezeichnen pflegt. Solange Rechtsprechung und Lehre die Einaräumung eines Ankaufsrechts in drei verschiedenen Formen mit weitgehend verschiedenen Wirkungen für möglich halten, ist die Entwicklung einer einheitlichen Lehre vom Optionsvertrag aussichtslos. Die Verpflichtung, "auf Verlangen zu verkaufen", weist immerhin eine besondere Problematik auf, für deren Lösung die VV-Konstruktion für Überholt gelten sollte¹⁵⁰⁾.

K. Mietrecht

Ein VV zu einem Mietvertrag wird meistens dort konstruiert, wo die Parteien eine grundsätzliche mündliche Vereinbarung über die Vermietung eines Grundstücks getroffen haben. Man kann hier zwei Fallgruppen unterscheiden: Sind die Mieträume zur Zeit der Meinungsverschiedenheiten noch nicht zur Miete überlassen worden, so kann der vermeintliche VV als HV mit Abrede der Nachholung der Form aufrechterhalten werden, wenn sein Inhalt bestimmbar ist¹⁵¹⁾. Bei fehlendem Konsens oder bei ausdrücklich konstitutiver Bedeutung der Form, gibt es dagegen keinen Platz für einen Vertrag irgendeiner Art. Eine Haftung wegen culpa de contrahendo wäre freilich nicht ausgeschlossen¹⁵²⁾.

Ist der Mieter auf Grund der vermeintlich als VV bezeichneten Vereinbarung in die Mieträume eingezogen, so liegt zweifellos ein wirksamer (Haupt-)Mietvertrag mit der Abrede über den Abschluß eines anderen Vertrags vor. Die Verbindlichkeit solcher Abrede wird allerdings wegen Unbestimmtheit sehr fraglich sein. Jedenfalls gelten für den ursprünglichen Mietvertrag (oder "VV") alle gesetzlichen Bestimmungen des Mietrechts. Keine "Vorwirkung" des HV liegt vor¹⁵³⁾, wenn der Mieter bis zum Abschluß eines "endgültigen Mietvertrags" auf Grund einer vermeintlichen VV zum Besitz berechtigt ist¹⁵⁴⁾. Der Mieter kann dann aus anderen Gründen weiterwohnen dürfen, doch nicht wegen des "VV", weil der echte VV nur eine Verpflichtung zum contrahere begründen soll¹⁵⁵⁾. Umgekehrt ist die Berufung des Mieters auf

150) Vgl. LÖNNZ, Vorzugsrechte, S. 105, 111, 113 f; HENRICH S.233/234

151) Vgl. oben I 2 A

152) Das wäre übrigens die richtige Lösung für den Fall in BGH WM 1961, 1053, oben § 2 III c aa).

153) So aber BRÜGGEMANN, S. 205 Sp. 2, 208 Sp. 1

154) LG Itzehoe, SchlHAnzeigen 1960, 89, oben § 2 III 1 c bb

die Kündigungsschutzgesetzgebung nicht mit der Begründung zurückzuweisen, ein "VV" genieße keinen Kündigungsschutz¹⁵⁶⁾, denn die Bezeichnung "VV" ändert nichts an dem durchgeführten Mietverhältnis. Sozialrechtliche Probleme des Mietrechts sollte man nicht über den Weg eine "VV" lösen. Im allgemeinen scheint mir der Begriff des MietVV eine unnötige Konstruktion zur Lösung von Problemen, die ohne sie befriedigend gelöst werden können. Die Vertragsschließenden kennen nur die Alternative: verbindlicher aber frei kündbarer oder erst nach bestimmter Zeit zu kündigender Mietvertrag. Die Bestimmung im § 566 BGB spielt dabei eine Rolle, die meistens nicht im Sinne des Parteiwillens liegt. De lege ferenda wäre ihre Änderung empfehlenswert, so daß ihre Auslockerung nicht mehr im Wege der VV-Konstruktion oder mit der Annahme einer stillschweigenden Abrede über die Nachholung der Form¹⁵⁷⁾ zu erfolgen braucht.

I. Gesellschaftsrecht

Auf die Besonderheiten des sog. GesellschaftsVV ist in vorliegender Arbeit mehrfach hingewiesen worden. Bei den einschlägigen Sachverhalten ist die Annahme eines "VV" zwar naheliegend, sie kann aber nicht zur Lösung der gesamten Problematik führen. Die Verpflichtung zur Errichtung einer Gesellschaft auf eine Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung zu reduzieren heißt die Unterschiede zwischen Gesellschaftsrecht und Schuldrecht außer Acht zu lassen. Die Eigenart des Gesellschaftsrechts gegenüber dem sonstigen Privatrecht besteht in erster Linie darin, daß es sich bei ihm nicht um den Schutz und die Befriedigung selbständiger und entgegengesetzter Interessen handelt, sondern um Interessen, die mehreren Personen gemeinsam sind¹⁵⁸⁾. Andererseits ist die Gesellschaft ein Rechtsgebilde mit eigener Existenz im Sinne, daß ihr als Einheit Rechte und Pflichten zugeordnet werden¹⁵⁹⁾. Schon der Ausdruck "Errichtung" einer Gesellschaft weist darauf hin, daß man hier nicht von einer "Verpflichtung zum Abschluß eines obligatorischen Vertrags"^{159a)} im Sinne der VV-Lehre sprechen kann, sondern das sich Gesellschaftsvertrag und "GesellschaftsVV" zueinander vielmehr wie obligatorisches und dingliches Geschäft verhalten¹⁶⁰⁾.

155) Deshalb kann man dem LG Itzehoe nicht beipflichten, mag die Entscheidung im Ergebnis richtig sein.

156) AG Köln, MDR 1961, 943

157) Vgl. BGH LM § 566 BGB (11)

158) HUECK, Gesellschaftsrecht, § 1 I S. 1

159) Zum Problem der Rechtsfähigkeit vgl. FABRICIUS, "Relativität der Rechtsfähigkeit" (1963), S. 118 ff, 158 ff

159a) Von der BGB-Gesellschaft wird hier und im folgenden wegen ihrer Besonderheiten abgesehen.

160) So HACHENBURG-SCHILLING, Komm. zum GmbHG 6. Aufl. 1956 § 2 Anm 14

Jedenfalls steht bei den Vereinbarungen über die Errichtung einer Gesellschaft nicht die Verpflichtung zum contrahere, sondern die gemeinsame Zweckverfolgung im Vordergrund.

In Wirklichkeit ist auch hier die VV-Konstruktion unnötig. Vielmehr sollte man die eigentlichen Fragen, um die es dabei geht, direkt stellen. Sie lauten:

- a) Unter welchen Bedingungen sind Vereinbarungen über die Errichtung, "Erweiterung" oder Umwandlung einer Gesellschaft verbindlich, und
- b) Welche Wirkung hat eine solche verbindliche Vereinbarung.

Zur Behandlung dieser Problematik ist zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften zu unterscheiden:

Personengesellschaften

Eine Personengesellschaft entsteht, wenn sie als solche nach außen hin im Rechtsverkehr in Erscheinung tritt, und zwar entweder durch ihre Eintragung im Handelsregister (§ 123 Abs I HGB) oder auch nach Maßgabe des § 123 Abs II HGB durch tatsächliche Aufnahme der Geschäfte. R.FISCHER¹⁶¹⁾ hebt mit Recht hervor, daß kein VV sondern ein "richtiger" Gesellschaftsvertrag vorliegt, "wenn die Parteien im gegenwärtigen Einvernehmen mit ihrer gemeinsamen Tätigkeit beginnen, ehe sie den von ihnen vorgesehenen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben". Der in diesen Fällen vielfach gebrauchte Ausdruck "vorläufiges Gesellschaftsverhältnis" könne irre führen¹⁶²⁾. Ferner würden manche vermeintlichen GesellschaftsVV bei richtiger Qualifikation des Sachverhalts als bedingter Vertrag oder als HV mit einer Zeitbestimmung wegfallen.

Eine Vereinbarung über die Errichtung einer Personengesellschaft bedarf grundsätzlich keiner Form. Bei Einbringung von Grundstücken ist § 313 BGB zu beachten. Über mindestens die wesentlichen Vertragspunkte (Gesellschaftszweck und Art der Zweckverfolgung) muß ein unzweifelhafter Konsensus (§ 154 I 1 BGB) erreicht worden sein. Die Dispositivvorschriften können nicht eingreifen, wenn sich die Parteien die Regelung von bestimmten Punkten einer späteren Einigung

161) Großkomm. zum HGB, Bd. II 3.Aufl. 1967, § 105 Anm. 61

162) FISCHER, ebenda. Kein VV ist also der Abschluß eines mündlichen Vertrags "zunächst" auf unbestimmte Zeit mit Abrede späterer schriftlicher Abfassung eines Vertrages auf bestimmte Dauer, STAUDINGER-KESSLER, § 705 Anm. 27, RGZ 103, 73.

vorbehalten haben. Freilich kann diese "Egelung einem Dritten oder einem Schiedsgericht überlassen werden¹⁶³⁾.

Der "GesellschaftsVV" wird oft im Zusammenhang mit der "Vorgründungsgesellschaft" erwähnt¹⁶⁴⁾. Eine solche Gesellschaft ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts¹⁶⁵⁾ und dient der Vorbereitung der in Aussicht genommenen Gesellschaft. Die ihr zugrunde liegende Vereinbarung enthält keine isolierte Verpflichtung zum contrahere; die Abschlußpflicht ist nur eine Teilpflicht der umfassenden Verpflichtung jedes Gesellschafters, bei der Erreichung des gemeinsamen Zweckes mitzuwirken. Daher sind die Fragen der "Vorgründungsgesellschaft" nicht auf der Basis eines "VV" zu beantworten. Beispiel: Ein Gesellschafter kann den Abschluß des endgültigen Vertrags aus wichtigem Grund verweigern, ohne diesen Grund erst nach Abschluß des Vertrags geltend machen zu müssen¹⁶⁶⁾. Zum gleichen Ergebnis kommt HENRICH¹⁶⁷⁾ mit einem ad hoc Ausschluß der Klage auf Erfüllung des VV. Somit wird praktisch ein "Durchgriff" empfohlen, was aber bedeutet, den VV nicht mehr als solchen zu behandeln!

Die gerechtfertigte Verweigerung des Vertragsschlusses wird man grundsätzlich als Kündigung der ursprünglichen Gesellschaft auffassen. HENRICH¹⁶⁸⁾ meint, die schuldhaft e Herbeiführung einer Situation, die zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde, sei eine positive Vertragsverletzung, welche ein Rücktrittsrecht gewährt; eine Klage aus § 133 HGB sei dann ebensowenig zulässig wie eine Kündigung, da der "VV als solcher" weder eine Gesellschaft noch sonst ein Dauerschuldverhältnis begründe. Hier zeigt sich aber das Dilemma der VV-Konstruktion: Ist die Vereinbarung über die Errichtung einer Gesellschaft ein schuldrechtlicher Austauschvertrag oder ein Gesellschaftsvertrag? Begründet diese Vereinbarung eine "Vorgründungsgesellschaft" oder eine bloße Verpflichtung zum contrahere? Man muß unterscheiden: Schließen sich die Parteien zum ersten Mal zusammen, um eine Personengesellschaft zu errichten, so begründet ihre Abmachung eine Gesellschaft, wenn sie zur Vorbereitung der neuen

163) Vgl. OLG Koblenz MDR 1959, 130

164) WESTERMANN, in: Handbuch der Personengesellschaften, I Rz 45; STAUDINGER-KESSLER, Vorb. 49 vor § 705.

165) WESTERMANN, ebenda; vgl. FISCHER, a.a.O., anm. 61 und 63, wo VV und "Vorgesellschaft" getrennt behandelt werden. Bei den Personengesellschaften hat die Unterscheidung zwischen "Vorgründungsgesellschaft" und "Vorgesellschaft" keine Bedeutung.

166) Ähnlich kann er den Abschluß ohne weiteres verweigern, wenn keine Bestimmung über die Dauer des endgültigen Vertrags getroffen wurde.

167) S. 199

168) S. 206

Gesellschaft eine gemeinsame Tätigkeit aufnehmen. Dagegen entsteht keine Vorgründungsgesellschaft, wenn im Hinblick auf eine schon vorhandene Gesellschaft eine Vereinbarung über die Aufnahme eines Dritten getroffen wird, oder wenn ein Gesellschaftsvertrag die Änderung der Gesellschaft durch neuen Vertrag vorsieht.

Kapitalgesellschaften

Bei Entstehung von Kapitalgesellschaften sind im allgemeinen mehrere Stadien zu unterscheiden. Im ersten Stadium schließen sich die Gründer zusammen, um die Satzung festzustellen, gegebenenfalls weitere Kapitalgeber zu suchen oder technische Vorarbeiten durchzuführen. Somit bilden sie die sog. Vorgründungsgesellschaft¹⁶⁹⁾. Der von den Gründern geschlossene Vertrag erschöpft sich in der Regel nicht darin, die Satzung festzulegen, sondern er erzeugt unter den Gründern auch wechselseitige Ansprüche und Pflichten, die mittels der actio pro socio erzwingbar sind¹⁷⁰⁾. Jeder Gründer hat einen Anspruch auf Mitwirkung und Vollzug all jener Maßnahmen, deren Durchführung nach dem Gesetz notwendig ist, um die AG oder GmbH als Rechtsperson zur Entstehung zu bringen¹⁷¹⁾. Dahin gehört bei einer AG z.B. der Anspruch auf Übernahme wenigstens einer Aktie (§ 2 AktG), auf Einzahlung der Bareinlage (§ 36 II AktG), auf Mitwirkung bei Erstattung des Gründerberichts (§ 32 I AktG) und bei der Anmeldung der Gesellschaft (§ 36 I AktG)¹⁷²⁾. Umstritten ist die Rechtsnatur eines solchen Gesellschaftsverhältnisses. Nach der h.M. handelt es sich hier um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts¹⁷³⁾. Da meistens das Unternehmen, welches fortan in Form einer AG betrieben werden soll, bereits vor der Gründung bestand, kann die Vorgründungsgesellschaft beim Betrieb eines vollkaufmännischen Gewerbes eine OHG sein¹⁷⁴⁾. In diesen Fällen spricht man von einer "Umgründung", welche von der Umwandlung zu unterscheiden ist¹⁷⁵⁾.

Über die Voraussetzung für die Verbindlichkeit einer Abmachung über die Errichtung einer Kapitalgesellschaft und ihre Wirkungen besteht in der Lehre keine Übereinstimmung. Die Problematik der Verbindlichkeitsvoraussetzungen hat sich unter dem starken Einfluß der VV-Lehre in zwei Fragen herauskristallisiert:

- a) Bedarf eine derartige Vereinbarung der notariellen Form?
- b) Müssen alle notwendigen Punkte nach §§ 23 III AktG, 3 I GmbHG in einer solchen Abmachung bereits geregelt werden?

169) ESSER, Schr II § 94 II 5 S. 274

170) WURDINGER, Aktien- und Konzernrecht, 2. Aufl. 1966, S. 102

171) WURDINGER, ebenda

172) WURDINGER, ebenda

Die erste Frage wird von der heute überwiegend d.M. bejaht. Zur Begründung schreibt man den Formbestimmungen in den §§ 23 AktG, 2 GmbHG eine Schutzfunktion zu¹⁷⁶⁾. Ob dieses Argument angesichts primären Publizitätswirkung der erwähnten Formbestimmungen stichhaltig ist, kann hier dahingestellt bleiben. Wichtig ist die Feststellung, daß der Vorgründungsvertrag nicht (nur) zur Abfassung der Satzung, sondern zur Vornahme aller für die Errichtung notwendigen Handlungen verpflichtet¹⁷⁷⁾. Daß die Parteien beim verbindlichen Abschluß eines solchen Vertrags die Tragweite ihrer Erklärungen überblicken können müssen, steht außer Zweifel¹⁷⁸⁾. Wird das aber nur von einem notariellen Vertrag gewährleistet? Eine allgemeine Antwort, wie jene der h.M., kann nicht zwingend sein; vielmehr stellt sie - worauf übrigens die Gegenmeinung hinweist - eine salomonische Lösung dar: die Formbedürftigkeit des Vorgründungsvertrags kann die Wirkung von "fürsorglichen Maßnahmen" erschweren, wie etwa wenn in einem (privatschriftlichen) OHG-Vertrag die Umwandlung in eine GmbH für den Fall des Todes eines Gesellschafters bestimmt wird¹⁷⁹⁾. Im Hinblick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung ist die notarielle Beurkundung solcher OHG-Verträge ratsam. Allerdings kann die Berufung auf den Formmangel im Einzelfall als unzulässige Rechtsausübung aufgefaßt werden¹⁸⁰⁾.

Bei der zweiten Frage besteht Einigkeit darüber, daß der Inhalt des abzuschließenden Vertrags durch den Vorgründungsvertrag bestimmbar sein soll. So kann etwa das Stamm- bzw. Grundkapital auf Grund der zu errichtenden Bilanz des vorexistierenden Unternehmens festgelegt werden. Im übrigen ist aber umstritten, ob alle oder einige Punkte des abzuschließenden Vertrags im Vorgründungsvertrag geregelt werden müssen¹⁸¹⁾. Bei seiner detaillierten Untersuchung des Mindestinhalts eines Vorgründungsvertrags kommt HENRICH¹⁸²⁾ zu dem unausweichlichen Kriterium für die Bestimmbarkeit: der Konsens über alle Punkte muß vorliegen, sonst ist im Zweifel kein Vertrag zustande

173) ESSER, ebenda; WÜRDINGER, ebenda; BARZ in Großkomm. zum AktiengG Bd. I 3. Aufl. 1970 § 23 Anm. 26; HACHENBURG-SCHILLING, Komm. zum GmbHG § 2 Anm. 16

174) OGHZ; ESSER, ebenda; vgl. WÜRDINGER, a.a.O., S. 103

175) WÜRDINGER, ebenda

176) Vgl. im einzelnen HENRICH, S. 159 ff

177) So auch HENRICH, S. 133, 162. - Ein echter VV würde dann vorliegen, wenn der Vorgründungsvertrag ausschließlich zur Feststellung der Satzung verpflichtete.

178) Vgl. die Argumentation R.FISCHERS (GmbH-Rundschau, 9, 1954, S. 129 ff und HENRICH S. 133.

179) HACHENBURG-SCHILLING, a.a.O., Anm. 14

180) Vgl. im Ansatz die Entscheidung BGH NJW 1969, 1856: Wird in einem notariellen KG-Vertrag die Umwandlung in eine GmbH vereinbart, und hat beim Vertragsabschluß ein Bevollmächtigter ohne

gekommen (§ 154 I 1 BGB). Allenfalls ist die Beifügung eines Satzungs- bzw. Vertragsskizzen für die Wirksamkeit des Vorgründungsvertrages ratsam¹⁸³⁾.

Die Wirkungen eines verbindlichen Vorgründungsvertrages entsprechen dem "Naturalerfüllungsprinzip" des deutschen Rechts: jede Partei hat einen erzwingbaren Anspruch auf Vollzug aller für die Entstehung der Kapitalgesellschaft erforderlichen Maßnahmen. Für die Zwangsvollstreckung kommt nicht nur § 894 ZPO in Betracht, sondern u.U. § 888 ZPO¹⁸⁴⁾.

M. Zusammenfassende Betrachtung

Die systematische Betrachtung des VV im deutschen Recht zeigt, daß sich dieser auf das Gebiet des Schuldvertragsrechts beschränkt. Das Versprechen der Vornahme dinglicher Rechtsgeschäfte gilt bereits als schuldrechtlicher Hauptvertrag. Freilich hängt dies mit der Trennung vom Kausal- und Erfüllungsgeschäft zusammen. In Rechten, welche bereits dem Schuldvertrag dingliche Wirkung beilegen, genügt der Vorvertrag der Aufgabe, welche bei uns der Hauptvertrag selbst erfüllt. In Frankreich wie Italien hat der Vorvertrag deshalb seine eigene Berechtigung. In Griechenland kommt die Kautekarpraxis zum gleichen Ergebnis.

Wie bereits gezeigt wurde, müssen die prinzipiellen Unterschiede von Vor- und Hauptvertrag in Hinsicht auf die Form und auf die inhaltliche Bestimmtheit entschieden verneint werden. Übrig bleibt nur der Umstand, daß die Leistung des Hauptvertrags erst mit dessen Abschluß geschuldet wird und daß dieser Abschluß deshalb zuvor erzwungen werden muß. An dieser Stelle ist eine sehr grundsätzliche Kritik geboten. Alle Ver-

NOTARIELLER Vollmacht mitgewirkt, so ist der "VV" wirksam, wenn die vertretenen den KG-Vertrag "gebilligt und gehandhabt" haben.

181) Vgl. HENRICH, S. 139

182) S. 139/140

183) Vgl. das Muster eines "GmbH-Vorvertrags" in HEYMANNs Formular-Kommentar (1968), Teil I, S. 450 ff.

184) So auch BARZ, a.a.O., 28

suche, im Wege der Auslegung einen "VV" in einen "HV" umzudeuten, beruhen auf dem Grunde, daß ein unnützer Umweg vermieden werden solle. Ich glaube, daß die Kritik aber noch weiter gehen muß. Man hat bei der Funktion der Willenserklärung im Rechtssystem anzusetzen: Die Parteien schaffen in freier Initiative eine rechtliche Regelung; diese Möglichkeit muß der Gesetzgeber ihnen in bestimmten Grenzen gewähren. Aber es erscheint mit der freien Initiative als Agens der rechtsgeschäftlichen Tätigkeit einfach nicht vereinbar, wenn gerade eine solche Tätigkeit geschuldet werden sollte¹⁸⁵⁾. Daß der Vorvertrag die Regelung des Hauptvertrags zeitlich hinausschiebt, ist billigenswert, aber diese Hinausschiebung der Hauptvertragsregelung ist ohne weiteres möglich, auch wenn die Hauptvertragserklärung fortfällt. Es sollte ernsthaft erwogen werden, ob nicht die Verpflichtung zur Verpflichtungserklärung einen Tatbestand darstellt, welcher der Parteiautonomie entzogen ist. Kennzeichnenderweise gibt es im angloamerikanischen Recht überhaupt keinen Vorvertrag zum Schuldvertrag.

Freilich wird hiermit ein Problem aufgeworfen, das weit über den Rahmen dieser Arbeit geht, denn auch die im deutschen Recht mit der Trennung von Kausalgeschäft und dinglicher Verfügung begründete Vertragsverpflichtung zur Vornahme dinglicher Rechtsgeschäfte erscheint systematisch keineswegs unbedenklich. Es darf nur an die Theorie von DULCKEIT¹⁸⁶⁾ über die dingliche Wirkung des Kaufvertrags erinnert werden.

Jedenfalls beim VV zum Schuldvertrag sollte aber die Rechtsfigur, daß die Parteien im Vorvertrag eine bestimmte Vertragsregelung bindend vereinbaren, zugleich aber eine nochmalige bindende Vereinbarung dieses Inhalts in einem Hauptvertrag festsetzen, aus unserem System ausgeschieden werden. Die Entwicklung sollte dahin gehen, daß ein VV zum Schuldvertrag zwangsläufig bereits den Hauptvertrag - sicher mit allen sachlich gebotenen Modifikationen - darstellt.

185) Insoweit bin ich mit Herrn Prof. BLOMEYER einig, der diese Ansicht in einem mir zur Verfügung gestellten Manuskript vertritt.

186) DULCKEIT, Rechtsbegriff und Rechtsgestalt (1936).

LEBENS LAUF

Ich, Georgios Koutroumboussis, wurde am 16. April 1944 in Heliopolis/Athen als Sohn von Lambros Koutroumboussis und seiner Ehefrau Anastasia, geb. Georgiou, geboren. Ich bin griechischer Staatsangehöriger.

Nach sechsjähriger Volksschulzeit (1950-1956) besuchte ich von 1956 bis 1962 das humanistische Gymnasium P. Markoulakis in Heliopolis/Athen.

Nach bestandener Aufnahmeprüfung wurde ich im akademischen Jahr 1962/63 an der Juristischen Fakultät der Universität Athen immatrikuliert. Mit Abschluß des vorgeschriebenen vierjährigen Studiums legte ich von Juni 1966 bis Juni 1967 die Abschlußprüfungen ab und bekam am 23.7.1967 das Diplom der Rechtswissenschaften .

Seit Wintersemester 1967/68 bin ich an der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin mit dem Zweck der Promotion immatrikuliert. Neben den Rechtswissenschaften habe ich Philosophie studiert.

Im Juni 1969 legte ich in Athen die Staatsprüfung für die Ernennung zum Rechtsanwalt mit Erfolg ab; am 10.10.1969 wurde ich zum Rechtsanwalt beim Landgericht Athen ernannt.

III. 1. 1. 1. 1.

1. Die Bedeutung der ...
2. Die Bedeutung der ...
3. Die Bedeutung der ...
4. Die Bedeutung der ...
5. Die Bedeutung der ...
6. Die Bedeutung der ...
7. Die Bedeutung der ...
8. Die Bedeutung der ...
9. Die Bedeutung der ...
10. Die Bedeutung der ...
11. Die Bedeutung der ...
12. Die Bedeutung der ...
13. Die Bedeutung der ...
14. Die Bedeutung der ...
15. Die Bedeutung der ...
16. Die Bedeutung der ...
17. Die Bedeutung der ...
18. Die Bedeutung der ...
19. Die Bedeutung der ...
20. Die Bedeutung der ...
21. Die Bedeutung der ...
22. Die Bedeutung der ...
23. Die Bedeutung der ...
24. Die Bedeutung der ...
25. Die Bedeutung der ...
26. Die Bedeutung der ...
27. Die Bedeutung der ...
28. Die Bedeutung der ...
29. Die Bedeutung der ...
30. Die Bedeutung der ...
31. Die Bedeutung der ...
32. Die Bedeutung der ...
33. Die Bedeutung der ...
34. Die Bedeutung der ...
35. Die Bedeutung der ...
36. Die Bedeutung der ...
37. Die Bedeutung der ...
38. Die Bedeutung der ...
39. Die Bedeutung der ...
40. Die Bedeutung der ...
41. Die Bedeutung der ...
42. Die Bedeutung der ...
43. Die Bedeutung der ...
44. Die Bedeutung der ...
45. Die Bedeutung der ...
46. Die Bedeutung der ...
47. Die Bedeutung der ...
48. Die Bedeutung der ...
49. Die Bedeutung der ...
50. Die Bedeutung der ...
51. Die Bedeutung der ...
52. Die Bedeutung der ...
53. Die Bedeutung der ...
54. Die Bedeutung der ...
55. Die Bedeutung der ...
56. Die Bedeutung der ...
57. Die Bedeutung der ...
58. Die Bedeutung der ...
59. Die Bedeutung der ...
60. Die Bedeutung der ...
61. Die Bedeutung der ...
62. Die Bedeutung der ...
63. Die Bedeutung der ...
64. Die Bedeutung der ...
65. Die Bedeutung der ...
66. Die Bedeutung der ...
67. Die Bedeutung der ...
68. Die Bedeutung der ...
69. Die Bedeutung der ...
70. Die Bedeutung der ...
71. Die Bedeutung der ...
72. Die Bedeutung der ...
73. Die Bedeutung der ...
74. Die Bedeutung der ...
75. Die Bedeutung der ...
76. Die Bedeutung der ...
77. Die Bedeutung der ...
78. Die Bedeutung der ...
79. Die Bedeutung der ...
80. Die Bedeutung der ...
81. Die Bedeutung der ...
82. Die Bedeutung der ...
83. Die Bedeutung der ...
84. Die Bedeutung der ...
85. Die Bedeutung der ...
86. Die Bedeutung der ...
87. Die Bedeutung der ...
88. Die Bedeutung der ...
89. Die Bedeutung der ...
90. Die Bedeutung der ...
91. Die Bedeutung der ...
92. Die Bedeutung der ...
93. Die Bedeutung der ...
94. Die Bedeutung der ...
95. Die Bedeutung der ...
96. Die Bedeutung der ...
97. Die Bedeutung der ...
98. Die Bedeutung der ...
99. Die Bedeutung der ...
100. Die Bedeutung der ...

